

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PAULO AUGUSTO DE CASTRO SOARES

CIDADANIA E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS
DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

CURITIBA

2009

PAULO AUGUSTO DE CASTRO SOARES

CIDADANIA E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS
DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Monografia apresentada à disciplina Direito
Constitucional como requisito parcial à conclusão
do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Dra. Vera Karam de Chueiri

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO AUGUSTO DE CASTRO SOARES

CIDADANIA E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dra. Vera Karam de Chueiri
Departamento de Direito Público, UFPR

Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, de novembro de 2009.

Dedico este trabalho a Lilian de Cássia Figueiredo, minha companheira,
a mais notável pensadora que o Direito ainda não conheceu, e
a Sheila Machado de Jesus,
por emprestar tanto de si ao que tudo cria.

Agradeço à Professora Vera Karam de Chueiri
pelo apoio e extrema consideração que sempre teve por mim,
o de decano de seus alunos,
ao me fazer descobrir
que o novo só vive quando se renova.

O amor, o trabalho e o conhecimento são as fontes de nossa vida.

Deveriam também governá-la.

Wilhelm Reich

RESUMO

Na Constituição de 1988, a família, como base da sociedade, torna-se uma entidade, protegida pelo Estado, que compartilha com ele os deveres imperativos da educação das crianças. Assim, devemos considerar as competências do poder familiar, enumeradas no Código Civil de 2002, a partir de suas origens como atribuições designadas à família pela Constituição, particularmente quanto à educação. Discutimos neste trabalho o impacto do acesso à educação fundamental como um direito público subjetivo sobre o exercício do poder familiar. Por suas implicações sobre a responsabilização da autoridade pública competente, o interesse público torna o acesso à educação fundamental um direito social não disponível sob a perspectiva do exercício do poder familiar, algo que não pode ser descaracterizado pela pretensão na ação de alimentos, por exemplo.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito de Família. Poder Familiar. Educação. Alimentos. Direitos Públicos Subjetivos.

ABSTRACT

According to the Brazilian 1988 Constitution, family, as the basis for society, becomes an entity, protected by the State, sharing with it the imperative duties of child education. So, we must consider the parental authority competences, as enumerated by the Civil Law in 2002, from their origins as public attributions assigned to the family by Constitution, regarding child education, in particular. We discuss in this study the impact of the access to elementary education as a public subjective right on parental authority. From Its implications on public authority accountability, public interest makes it a non disposable social right from a parental authority perspective, something that cannot be descharacterized by the demand on a child support suit, for instance.

Keywords: Constitutional Law. Family Law. Parental authority Education. Child support. Public subjective rights.

Sumário

1.INTRODUÇÃO.....	9
2.CONSTITUIÇÃO DOS FUNDAMENTOS.....	11
2.1.A EDUCAÇÃO E OS FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA.....	11
2.2.A EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL EM NOSSO FEDERALISMO.....	14
3.DIREITOS E DEVERES DA EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO	17
3.1.O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO SOCIAL.....	17
3.2.O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO.....	20
3.3.OS DEVERES DO ESTADO ADMINISTRAÇÃO.....	21
4.ASPECTOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	22
4.1.SOBRE OS GASTOS DAS FAMÍLIAS COM EDUCAÇÃO.....	22
4.2.SOBRE O PODER FAMILIAR	27
4.3.ALIMENTOS E O DIREITO À EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL.....	34
5.SOBRE O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO.....	40
6.DISSCUSSÃO.....	44
7.CONCLUSÃO.....	53
8.CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS.....	60
ANEXOS.....	62
ANEXO 1: Resumo de Despesas da União.....	63
ANEXO 2: Estatísticas de separações judiciais concedidas em primeira instância.....	64
ANEXO 3: Lei 11.698 de 13 de junho de 2008.....	65

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho trata de uma exceção na caracterização da não exigibilidade, na ação de alimentos, de verbas relativas ao pagamento de mensalidades escolares em instituições privadas de ensino fundamental.

Abordaremos aspectos da educação que se relacionam com o exercício do poder familiar, particularmente na dissolução dos vínculos de convivência entre genitores, por suas implicações numa ação de alimentos. Nossa discussão tem origem na caracterização constitucional da educação como um dever compartilhado pela família e pelo Estado.

Sustentamos que a família comparece no texto constitucional como um ente personificado, ou antes, personalizado, por sua função com a educação de crianças, no seio das renovadas formas de convívio da modernidade.

Sob este aspecto, esta nova e abrangente família, protegida pela Constituição, deve iluminar as competências do exercício do poder familiar no Código Civil.

Ante a natureza compartilhada por Estado e família do dever de educar, o poder soberano constituinte atribuiu ao Estado o dever de efetivação do acesso ao ensino fundamental. Assim, com a Constituição de 1988, o acesso ao ensino fundamental torna-se um direito público subjetivo.

Apesar de tratar de uma interpretação constitucional do art. 1.694 CC, este trabalho segue uma forma livre em sua exposição, sendo estruturado em torno de uma leitura crítica do art. 1º da Constituição Federal, como construção, no plano político, de uma possível interpretação da enumeração da soberania como fundamento da República.

A inclusão dos Municípios, como entes federados, na Constituição, é um aspecto que guarda uma importante relação com o tema proposto, ainda que aparentemente distante. Seja com base nas competências a eles atribuídas, seja a partir de dados orçamentários, veremos que esta relação com nosso tema se situa já na formação de nosso pacto federativo.

Por outro lado, buscamos, a partir de dados de pesquisas sócio-econômicas, mostrar a importância crescente que a educação tem nos gastos das famílias brasileiras.

Caracterizada a importância concreta do tema, tanto no âmbito público, quanto no âmbito privado, situamos nossa discussão jurídica, concebendo o poder familiar como um *dever* constitucionalmente atribuído a pais e mães, no âmbito de direitos e deveres públicos e

constitucionais, compartilhados com o Estado.

Neste contexto, finalmente, encontramos um limite constitucional para o exercício do poder familiar que justifica o interesse pelo tema.

2. CONSTITUIÇÃO DOS FUNDAMENTOS

2.1.A EDUCAÇÃO E OS FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA

“Os principais fundamentos que os Estados têm são boas leis e bons exércitos”

(Niccolò Machiavelli no Capítulo XII de “O Príncipe”)

Se a Constituição de 1988 surge claramente como a fundação de novas boas leis, leis de uma renovada cidadania, carregada de afirmações positivas de direitos, ela parece não conseguir esconder o passado de uma ditadura ao criar uma nova ordem, à qual não corresponde uma realidade de transformação social como conquista.

Cabe aqui a lembrança de “O Príncipe” de Machiavelli, a lição de que o Principado deve ter boas leis e bons exércitos, pois nada parece conseguir definir melhor nossa República do que o fato de que parecemos não poder ter boas leis e bons exércitos ao mesmo tempo.

Se, ao tempo de Machiavelli, parecia não haver sentido no conhecimento como a fonte de poder que contemporaneamente a Modernidade lhe atribui, devemos buscar nela um novo significado para as leis e as armas de que dispõe uma sociedade.

Neste sentido, o Brasil tem poucos motivos para educar suas crianças. Evidentemente, não temos os problemas que levaram uma sociedade feudal a colocar o primeiro ser humano em órbita em menos de cinquenta anos. Não temos as mesmas soluções que levam o maior produtor mundial de alimentos a inventarem a guerra cirúrgica, poupando tantas vidas dos seus. Não somos uma Finlândia ou uma Coreia do Sul, soberanias que não tem grandes exércitos, mas que adquiriram o nível de vida e o peso internacional que têm.

Uma sociedade educa suas crianças para se defender, como soldados, cientistas ou simplesmente cidadãos. O Machiavelli do Capítulo XII de “O Príncipe” bem nos mostra os problemas que mercenários podem causar ao Principado.

Qualquer sociedade, numa época de tão rápidas transformações no mundo, pagaria um alto preço por um longo regime militar e não devemos perder da memória que a educação foi uma de suas grandes vítimas.

A Constituição de 1988 foi escrita após mais de vinte anos de ditadura, construindo uma vasta agenda de direitos e garantias. Ao mesmo tempo em que funda um novo ordenamento

jurídico, ela carrega as marcas do processo histórico que a determina e um dia a situará devidamente no tempo do estudioso da História.

Devemos sempre refletir sobre sua realidade histórica para compreendê-la, não porque o Direito é uma construção política, mas para não perdermos de vista o fato de que, ao enumerar seus próprios fundamentos, nossa Constituição não os está *definindo*. Ao contrário, a Constituição funda um ordenamento que, a partir dela, constrói a realização concreta de seus fundamentos.

Um exemplo extremo disto encontramos no fato de que nossa Constituição enumera a soberania como um de seus fundamentos. Uma leitura evidente, como tautologia, indica que este fundamento poderia ser omitido. É o que sustenta JOSÉ AFONSO DA SILVA¹, dado que a soberania se confunde com o fundamento do próprio conceito de Estado.

É fato que nossa Constituição repetiu, como normas garantidoras no artigo 5º, inúmeros princípios já consagrados em outros ramos do Direito. Além disso, ela própria se torna fonte de dispositivos que a repetem textualmente na legislação. O caso da legislação educacional, ao reafirmar direitos das crianças e dos jovens, é rico em exemplos disto. O inciso I do art. 1º da Constituição parece inaugurar a idéia de que a repetição pode criar alguma coisa nova, nem que seja aqui a repetição de um postulado implícito em seu contexto.

Uma leitura mais construtiva deste inciso talvez pudesse nos revelar que fundamentos da República não devam ser confundidos com princípios no sentido normativo. Vale dizer, tomados como fundamentos de um sistema axiomático, onde as normas não devem construir contradições, não mais entre si, situações às quais princípios no sistema jurídico conseguem sobreviver, mas entre elas próprias e os fundamentos que a elas dão origem. A soberania como postulado *político* de validade de todo o sistema contaminaria assim todos os demais fundamentos. Negar a cidadania, a dignidade das pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa seria comprometer toda a raiz constitucional da ordem política, não como princípios jurídico-constitucionais, mas como fundamentos políticos da ordem constitucional.

Não podemos deixar de construir esta conjectura, dado que a educação, como direito social, costuma ser situada muito próxima desta leitura dos fundamentos enumerados no art. 1º, como fundamentos políticos de um Estado Democrático de Direito.

Não devemos deixar de retroagir no tempo e entender o que se passava no contexto histórico

1 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 104

da situação constituinte da segunda metade da década de 80, período que situa entre a morte em circunstâncias dramáticas de um presidente civil eleito pelo Congresso e o processo de cassação do primeiro presidente civil eleito pelo voto popular desde 1964, com a eleição de um Congresso Constituinte entre planos econômicos de controle da inflação e por uma moratória externa.

As conquistas da cidadania na Constituição de 1988 são tantas e de tal monta que poderão induzir alguém, no futuro, a imaginá-las como mandamentos de uma Revolução que não ocorreu. Kelsen nos ensina que não devemos tentar conceber a validade da norma vigente que não tenha um mínimo de eficácia. Sem um mínimo de eficácia, a validade da norma é rigorosamente indefinida, ela é uma singularidade política.

2.2.A EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL EM NOSSO FEDERALISMO

A educação é um direito social que pode explicar em parte o incômodo formal que causa a inclusão dos Municípios no *caput* do artigo 1º da Constituição.

Sob o ponto vista formal, JOSÉ AFONSO DA SILVA corretamente observa que não é por ter autonomia político-constitucional que uma entidade territorial deveria integrar o conceito de entidade federativa. Fundamenta este seu entendimento, citando que não existiria intervenção federal em Municípios, competência que é dos Estados, ou ainda que a criação, a incorporação, fusão e desmembramento de Municípios se dão por lei estadual².

O que determina a inclusão dos Municípios como entes federados na Constituição é de natureza política. Os Municípios comparecem como entes federados na Constituição na competência tributária do Título V, na vinculação de receitas, associada em princípio a direitos sociais, como a educação, no caso dos impostos, ou na transferência de receitas tributárias pela União.

Segundo a Pesquisa de Informações Básicas Municipais do IBGE, no Perfil dos Municípios Brasileiros - Finanças Públicas 1998-2000:

As receitas tributárias estavam concentradas em menos de 1% dos municípios brasileiros. Os municípios (...) com mais de 500 000 habitantes, que correspondiam a 0,5% do total de municípios no Brasil, dispuseram de quase 61% dessas receitas. De forma inversa, os municípios com até 5 000 habitantes, embora correspondessem a 25,6% de todos os municípios, eram responsáveis pela arrecadação de apenas 0,7% das receitas tributárias do País.

Quanto maior a população de um município (...) maior era a sua receita tributária. De fato, enquanto cerca de 61% das receitas tributárias produzidas pelos municípios com mais de 500 000 habitantes eram geradas por 27% da população brasileira, os municípios com população entre 20 000 e 100 000 habitantes, que concentram 29,2% dos municípios, eram responsáveis por apenas 10,7% dessas receitas³.

Se o volume de receitas tributárias arrecadadas reflete o peso e a magnitude da economia de um município, algo que é corroborado quando se analisa a distribuição dessas receitas pelas Grandes Regiões brasileiras, segundo esta pesquisa do IBGE, temos uma expressiva concentração das receitas tributárias nos municípios da Região Centro-sul do País. A Região Sudeste, que

²A questão da representação federativa é outro aspecto a nosso ver: não existem senadores pela cidade de São Paulo, por exemplo.

³ IBGE. Perfil dos Municípios Brasileiros, Finanças Públicas (1998-2000), p. 34

concentra 42,6% da população brasileira, é responsável por 61% do total arrecadado, o que mostra uma arrecadação superior ao seu peso populacional. O mesmo ocorreu no Centro-Oeste, responsável pela geração de quase 15% das receitas tributárias do País e com apenas 6,8% da população.

Ou seja, há uma enorme desigualdade econômica entre os Municípios brasileiros que os tornam dependentes de transferências da União e dos Estados. Isto deve se refletir de alguma forma na construção constitucional de um pacto federativo.

Segundo o IBGE, as Regiões Norte e Nordeste respondem juntas por apenas 12,3% do total de impostos e taxas arrecadados pelos municípios, valores muito abaixo do peso destas regiões na estrutura populacional brasileira. A Região Norte, responsável por 2,9% do total das receitas tributárias, concentrava 7,3% da população nacional. Já no Nordeste essa diferença foi maior, 9,4% e 28,3%, respectivamente. De forma semelhante, os municípios da Região Sul, embora responsáveis pela arrecadação de cerca de 12% das receitas dos municípios brasileiros, concentravam 14,9% da população⁴.

O aspecto central desta consideração é sua relação com a educação como direito social. Entre as despesas por função do governo municipal, o IBGE observa que duas são funções sociais das mais importantes. São elas as funções relativas à Educação e Cultura e à Saúde e Saneamento. Assim, quanto à participação das despesas com educação no orçamento dos municípios, a pesquisa feita pelo IBGE aponta uma síntese que deve ser aqui destacada:

A combinação de resultados apresentados pela Região Nordeste - maior proporção (15%) de municípios com gastos em educação acima de 45%; menor proporção (1,6%) de municípios com maiores gastos per capita (acima de R\$ 250,00), talvez possa ser explicada pelo fato de ser naquela região que as transferências, tanto dos Estados quanto da União, que são obrigatórias, representarem maior parcela sobre a despesa na função educação do que nas outras regiões. No Nordeste elas representam mais de 40% das despesas enquanto a fração média no País era de 28%. Além disso é o Nordeste cujos municípios têm a menor receita per capita do País, aproximadamente R\$ 330,00, enquanto no Sudeste era de quase R\$ 580,00. Assim a combinação de menor receita disponível per capita com maior participação das transferências constitucionais na receita total ajudam a compreender esse quadro das despesas na função educação e cultura.

Alguma medida objetiva da materialização de políticas públicas pode ser obtida a partir do Orçamento da União. Cabe aqui situarmos a magnitude das transferências de receitas que, a nosso

4 *idem, ibidem*, p. 34

ver, justificariam a inclusão dos Municípios como entes federados no texto constitucional, no sentido da construção de mecanismos para a realização de objetivos da República.

Segundo o Relatório Resumido de Execução Orçamentária do Governo Federal publicado pelo Tesouro em dezembro de 2008, o volume de transferências para Estados, Municípios e Distrito Federal foram previstos na Lei Orçamentária com dotação de R\$ 168 bilhões, sendo o segundo maior valor entre as despesas correntes, após os benefícios previdenciários (R\$193 bilhões), num volume superior ao pagamento de juros e encargos da dívida (R\$ 152 bilhões) e com os gastos com pessoal da União (R\$ 126 bilhões)⁵.

Deste modo, a importância das transferências de receitas na função educação é extremamente significativa nos Orçamentos das regiões mais pobres do país e da União. A inclusão dos Municípios como entes federados estaria em consonância com a redução das desigualdades regionais, como um dos objetivos da República, justificando, por si só, nossa estrutura federativa. Assim, sob o ponto de vista do tema deste trabalho, o direito à educação fundamental, não devemos esquecer o quanto a natureza peculiar de nosso federalismo é relevante na realização de objetivos e direitos sociais, a educação, em especial.

5 vide ANEXO 1: Resumo de Despesas da União

3. DIREITOS E DEVERES DA EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO

3.1.O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO SOCIAL

O artigo 205 CF da Constituição define a educação, direito fundamental que integra os direitos sociais do artigo 6º, como um dever do Estado e da família. Assim, a educação será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A família comparece no texto constitucional como base da sociedade, tendo proteção especial do Estado. No artigo 205 CF, que destacamos acima, no entanto, a família compartilha com o Estado do dever da educação, com o objetivo de preparar futuros cidadãos produtivos, como um valor constitucional que nos remete à cidadania como fundamento da República.

Segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB)⁶, a educação escolar no Brasil compõe-se da educação básica e da educação superior. A educação básica, por sua vez, é formada pela educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio.

O tratamento que nosso ordenamento dá à educação fundamental é diferenciado em vários aspectos. Nele se molda a formação básica do cidadão, no desenvolvimento da capacidade de aprender, pelo pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo, tendo em vista a aquisição de habilidades e conhecimentos que incorporem a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade na formação de atitudes.

No Brasil, o ensino fundamental, que se inicia aos seis anos de idade, é obrigatório, tem duração de nove anos. Os pais ou responsáveis estão obrigados a matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino (art. 55 ECA) e a obrigatoriedade do ensino fundamental importa na tipificação do abandono intelectual (art. 246 CP).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU trata da educação fundamental como um direito de todos em seu artigo 26:

- I. Todo o homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnica profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

⁶ Lei 9394 de 20 de dezembro de 1996

II. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

III. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos⁷.

Caberia aqui perguntarmos sobre como este direito fundamental de toda pessoa é tratado pelo texto constitucional de outros países, para melhor realçarmos a amplitude com que a Constituição brasileira tratou deste tema. Tomamos aqui o caso das Constituições de outros países, mais desenvolvidos, como os EUA, a França, a Alemanha e a Itália.

Nos Estados Unidos da América, o direito à educação não figura na Constituição, pois a educação lá não é tida como uma matéria de responsabilidade da Federação e sim dos Estados, sendo disciplinada por legislações estaduais que diferem entre si.

Na França, que se define como um Estado laico, não existe na Constituição da República nada que se assemelhe à importância que a educação adquiriu no texto constitucional brasileiro em 1988.

Na Alemanha, a lei fundamental atribui ao Estado a responsabilidade sobre todo o sistema educacional (Art. 7º § 1º da *Grundgesetz*). É interessante notar que a lei germânica condiciona a possibilidade de existirem instituições privadas de ensino à superioridade de seus objetivos e recursos às escolas públicas. As instituições privadas podem ministrar educação elementar, caso a autoridade educacional competente julgue seu interesse pedagógico, ou se, a pedido dos pais responsáveis, seja criada como uma escola associada a determinada crença ou ideologia, desde que já não exista uma escola pública assemelhada na comunidade. Um aspecto que devemos salientar aqui é que, no caso alemão, como no caso brasileiro, ao contrário do caso francês, é ilegal o *homeschooling* (educação doméstica).

Uma Constituição que trata do direito à educação de forma mais próxima à nossa é a Constituição da República Italiana, ao afirmar que o ensino fundamental, de no mínimo oito anos, é obrigatório e gratuito (art. 34). O caso italiano é notável porque a Constituição é afirmativa ao proteger a família com meios econômicos e em garantir aos estudantes, que tenham o devido mérito

⁷ Declaração Universal dos Direitos do Homem, acessado em <http://www.apd.org.br/declaracao.html>

e a devida capacidade, galgar os mais altos graus do ensino, mesmo aos estudantes carentes, através de bolsas de estudo e outras providências de apoio às famílias.

É importante aqui salientarmos que, em nenhum desses quatro países, o direito à educação fundamental se situa no âmbito do direito público nos moldes de nossa Constituição de 1988.

3.2.O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO

Sendo a educação fundamental um dever da família e do Estado, não devemos perder de vista que, ao adquirir o caráter obrigatório que a norma constitucional impõe, como um direito de todos, ela se torna, no Brasil, uma garantia⁸ constitucional do Estado a todos os cidadãos no caso da Constituição vigente.

Por este motivo, no art. 208 CF, o constituinte de 1988 enumerou uma série de garantias relativas ao direito à Educação como dever do Estado:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

§1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

O dever do Estado com a educação fundamental, compartilhado com a família no art. 205, comparece, no art. 208 CF, como garantia da efetividade de seu cumprimento, assegurando a todos o acesso gratuito à escola pública. Mais que isto, no art. 208, §1º CF, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito foi definido como um *direito público subjetivo*.

A questão que se coloca é se o dever do Estado se esgota por ser efetivado como uma garantia de *acesso*, capaz de esgotar por si só os objetivos de cidadania.

⁸ garantia é aqui entendida em sentido jurídico amplo

3.3.OS DEVERES DO ESTADO ADMINISTRAÇÃO

Buscamos nos dados apresentados anteriormente apontar a relevância que a vinculação de receitas⁹ e a transferência de recursos entre entes federados têm no financiamento da educação. Estas considerações não trazem em si uma questão essencial, que é a da eficiência destes dispêndios.

ROMEUE FELIPE BACELLAR FILHO em seu livro “Direito Administrativo” aponta sobre como a legitimação do Estado-Administração depende de sua eficiência na prestação de serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais.

Segundo esse autor, “Constituindo a Administração Pública aparelhamento do Estado voltado, por excelência, à satisfação cotidiana das necessidades coletivas, a legitimação do Estado-Administração depende da sua eficiência na prestação de serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais”¹⁰. Citando CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, ele salienta a evolução da doutrina administrativa no sentido de reconhecer no inciso IV do art. 175 da CF 88, o direito fundamental ao serviço público adequado, como o direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas de fornecer “utilidades ou comodidades materiais”.

Assim, o direito fundamental ao serviço público adequado deve iluminar a leitura dos artigos da Constituição que versam sobre os serviços públicos. Segundo ROMEUE FELIPE BACELLAR FILHO, parte da doutrina hoje levanta-se contra o caráter público do serviço público, passando a defender e a desenvolver técnicas de transferência da execução do serviço público a particulares que podem ser usadas como subterfúgio *à fuga para o direito privado*.

Tomamos aqui, de empréstimo, considerações gerais acerca das questões do Direito Administrativo, para sustentar, exemplificando, que, no caso da Educação, esta fuga para o direito privado pode se materializar na repercussão de uma norma do Direito Civil na codificação de 2002, a qual, no caso do ensino fundamental da educação básica, contradiz uma garantia constitucional expressa. Vale dizer, tudo o que se disser acerca dos fundamentos constitucionais do direito a um serviço público adequado se aplica, com muito mais vigor, à educação fundamental, pela posição de destaque que esta adquire em nosso ordenamento constitucional a partir de 1988.

9 v. art. 167,IV CF

10 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, Direito Administrativo, p. 174

4. ASPECTOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

4.1.SOBRE OS GASTOS DAS FAMÍLIAS COM EDUCAÇÃO

Conforme demos a entender no início deste trabalho, ao justificar nossa percepção de que as políticas sociais se enraizam nas fundações do federalismo brasileiro, parece-nos evidente que qualquer discussão a respeito dos gastos com educação se relaciona com a verificação da importância, da magnitude e da sensibilidade política, econômica e social dos dispêndios monetários e não-monetários que viabilizam a provisão e a produção de bens e serviços educacionais à população, e que são realizados por diversos entes dos setores público e privado. Neste sentido, reproduzimos aqui algumas conclusões contidas no estudo “Gasto e consumo das famílias brasileiras contemporâneas”¹¹, publicado pelo IPEA em 2007 a partir de informações da “Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF)” de 1987-1988, 1995-1996 e 2002-2003 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Pelas dificuldades decorrentes da natureza descentralizada destes dispêndios no âmbito privado, este estudo tornou-se uma fonte importante para que se pudesse avaliar a dimensão e a evolução dos gastos das famílias brasileiras com educação, refletindo aspectos como renda, escolaridade dos pais e localização geográfica das famílias.

A pesquisa do IBGE, base para o estudo do IPEA, define gastos com educação como aqueles constituídos por “*despesas efetuadas com mensalidades e outras despesas escolares com cursos regulares (pré-escolar, fundamental e médio), curso superior de graduação, outros cursos (curso supletivo, informática, cursos de idioma e outros), livros didáticos e revistas técnicas, artigos escolares (mochila escolar, merendeira, etc.) (...) despesas com uniforme escolar, matrícula e outras despesas com educação*”.

O estudo apresenta a composição das despesas correntes das famílias brasileiras que reproduzimos abaixo:

11 CASTRO, Jorge Abrahão; VAZ, Fábio Monteiro. Gastos das Famílias com Educação. IPEA, 2007.

Composição da despesa corrente familiar

(Em % das despesas correntes)

Itens de despesas	1987-1988 (a)	1995-1996 (b)	2002-2003 (c)	(b-a)/a	(c-b)/b	(c-a)/a
Despesas correntes	100,00	100,00	100,00	0,00	0,00	0,00
Alimentação	22,16	20,45	18,70	-0,08	-0,09	-0,16
Habitação	18,55	25,12	23,44	0,35	-0,07	0,26
Vestuário	11,29	5,78	5,06	-0,49	-0,13	-0,55
Transporte	13,08	12,07	13,12	-0,08	0,09	0,00
Higiene	1,67	1,66	2,05	0,00	0,23	0,23
Saúde	6,29	8,00	6,91	0,27	-0,14	0,10
Educação	3,16	4,26	5,50	0,35	0,29	0,74
Cultura	3,76	3,09	3,02	-0,18	-0,02	-0,20
Fumo	1,32	1,23	0,67	-0,07	-0,46	-0,49
Serviços pessoais	1,36	1,43	1,19	0,05	-0,17	-0,13
Despesas diversas	4,73	4,32	3,09	-0,09	-0,28	-0,35
Outras despesas correntes	12,62	12,58	17,24	0,00	0,37	0,37

Fonte: Elaboração própria a partir das POFs de 1987-1988, 1995-1996 e 2002-2003.

Figura 1 - Composição da despesa corrente familiar¹²

De acordo com a definição utilizada na pesquisa do IBGE, as despesas com educação incluem não somente os gastos com matrículas e mensalidades em cursos privados, mas também outros, como gastos de papelaria, livros didáticos e outros artigos escolares, além de outros tipos de despesas relacionadas à frequência escolar. Por este motivo, mesmo em famílias nas quais todos os membros que frequentam escola estão no ensino público gratuito, é possível observar um certo nível de gastos com educação por causa dessas outras despesas não relativas a mensalidades escolares.

Os gastos das famílias com educação aumentaram sua participação no total de suas despesas correntes entre 1987-1988 e 2002-2003, tendo sido, segundo a análise feita, o grupo que registrou o maior aumento de participação neste período, seguido de outras despesas, principalmente despesas com impostos, contribuições trabalhistas, serviços bancários, habitação, higiene e saúde. Enquanto em 1987-1988, os gastos com educação representavam cerca de 3,2% das despesas correntes, em 2002-2003 eles passaram a equivaler a 5,5% dessas despesas.

Diz o estudo que:

Parte desse crescimento (...) só foi possível por causa da menor participação dos gastos com

12 CASTRO, Jorge Abrahão; VAZ, Fábio Monteiro, *op. cit.*, p. 82.

alimentação e vestuário nas despesas correntes das famílias. Os gastos com alimentação, que representavam cerca de 22,2% das despesas correntes em 1987-1988, caíram para 18,7% em 2002-2003, ao passo que a participação dos gastos com vestuário diminuiu de 11,3% em 1987-1988 para 5,0% em 2002-2003.

Apesar de que o gasto com educação ter se expandido e se aproximado dos gastos com saúde, a sua participação na despesa familiar continuou bem inferior à participação dos gastos com habitação, alimentação e transporte. Essa relativa baixa participação dos gastos com educação na estrutura de despesa familiar pode ser atribuída à forte participação do setor público na provisão dos serviços de educação. Os serviços públicos, por serem gratuitos, têm impacto significativo nas cestas de consumo das famílias, mas impacto limitado nos seus gastos monetários. Um aumento na provisão de serviços públicos de educação só tem impacto na estrutura de gastos das famílias em função da demanda por gastos em bens complementares, como, por exemplo, o aumento de gastos com materiais didáticos e escolares e outros gastos relacionados.¹³

A composição dos gastos com educação é sumarizada no estudo, agrupada nos seguintes itens de despesa:

Composição das despesas com educação

(Em % das despesas com educação)

Itens de despesas	1987-1988 (a)	1995-1996 (b)	2002-2003 (c)	(b-a)/a	(c-b)/b	(c-a)/a
Educação	100,00	100,00	100,00	0,00	0,00	0,00
Cursos regulares	44,80	64,27	66,47	0,43	0,03	0,48
Outros cursos	16,14	17,06	20,17	0,06	0,18	0,25
Livros didáticos e revistas técnicas	8,51	3,72	3,39	-0,56	-0,09	-0,60
Artigos escolares	15,52	8,79	4,85	-0,43	-0,45	-0,69
Taxas e contribuições	1,67	0,83	0,56	-0,50	-0,32	-0,66
Outros gastos	13,36	5,34	4,55	-0,60	-0,15	-0,66

Fonte: Elaboração própria a partir das POFs de 1987-1988, 1995-1996 e 2002-2003.

Figura 2 - Composição das despesas com educação por itens de despesas¹⁴

Observa-se um aumento em gastos com cursos regulares (cursos pré-escolares e cursos regulares dos ensinos fundamental, médio e superior) e outros cursos nas despesas com educação das famílias. Os gastos com cursos regulares, que representavam 44,8% das despesas com educação em 1987-1988, passaram a responder por 66,5% dessas despesas em 2002-2003. Utilizando dados do MEC, o estudo do IPEA aponta que o aumento dos gastos com cursos regulares talvez esteja relacionado à expansão dos serviços privados de ensino, tendo o crescimento dos gastos com

¹³ CASTRO, Jorge Abrahão; VAZ, Fábio Monteiro, *op. cit.*, p. 82.

¹⁴ CASTRO, Jorge Abrahão; VAZ, Fábio Monteiro, *op. cit.*, p. 83

educação, dentro da estrutura de despesa familiar que se observa entre 1987-1988 e 2002-2003, uma relação com a expansão do ensino superior privado observada nesse período.

Uma outra constatação importante deste estudo é a desigualdade entre os 20% de famílias mais ricas e os 20% mais pobres, como razões dos itens nas despesas correntes dos dois grupos:

Razão 20+/20- da renda familiar e dos itens de despesas correntes						
Itens de despesas	1987-1988 (a)	1995-1996 (b)	2002-2003 (c)	(b-a)/a	(c-b)/b	(c-a)/a
Renda familiar	14,37	16,15	16,88	0,12	0,05	0,18
Despesas correntes	7,50	7,59	7,23	0,01	-0,05	-0,04
Alimentação	2,74	3,06	3,00	0,12	-0,02	0,10
Habitação	7,61	7,63	5,70	0,00	-0,25	-0,25
Vestuário	7,15	5,88	4,50	-0,18	-0,24	-0,37
Transporte	13,11	8,30	7,87	-0,37	-0,05	-0,40
Higiene	4,63	4,41	3,76	-0,05	-0,15	-0,19
Saúde	9,49	9,26	10,67	-0,02	0,15	0,12
Educação	11,92	18,36	24,46	0,54	0,33	1,05
Cultura	16,42	16,86	12,88	0,03	-0,24	-0,22
Fumo	1,69	1,85	1,69	0,09	-0,09	0,00
Serviços pessoais	8,95	10,04	8,75	0,12	-0,13	-0,02
Despesas diversas	20,21	18,52	10,92	-0,08	-0,41	-0,46
Outras despesas correntes	32,97	43,90	34,42	0,33	-0,22	0,04

Fonte: Elaboração própria a partir das POFs de 1987-1988, 1995-1996 e 2002-2003.

Figura 3 - Razão 20+/20- da renda familiar e dos itens de despesa corrente¹⁵

Este quadro indica que 20% das famílias mais ricas em 2002-2003 gastaram em média 24,5 vezes com educação o que os 20% das famílias mais pobres dispenderam, sendo que em 1987-1988 esta relação era de 11,92 vezes. Ao mesmo tempo, esta relação entre as famílias mais ricas e mais pobres apresentou pequena variação nos gastos com saúde (que se manteve cerca de 9,5 vezes maior para as famílias mais ricas) e com alimentação (que se é cerca de 3,0 vezes maior para as famílias mais ricas).

¹⁵ CASTRO, Jorge Abrahão; VAZ, Fábio Monteiro, *op. cit.*, p. 82.

O estudo em suas conclusões aponta que:

A análise da evolução dos gastos com educação nas principais RMs¹⁶ do país mostrou que essas despesas formam o grupo que mais aumentou de participação no total de despesas correntes entre 1987-1988 e 2002-2003. A expansão decorreu sobretudo de uma busca das famílias por cursos regulares e outros cursos na rede privada de ensino, principalmente aqueles relacionados ao ensino superior privado. Também contribuiu para a expansão dos gastos o aumento dos preços relativos com educação observado no período em questão, em especial os das mensalidades escolares em todos os níveis de ensino.

Quanto ao efeito da renda das famílias nos gastos com educação, observou-se uma evolução diferenciada entre as famílias situadas no topo e na base da distribuição de renda. Assim, enquanto para as famílias com menor renda não se verificaram alterações significativas na participação dos gastos com educação nas despesas correntes, para as famílias com maior renda familiar notou-se um crescimento considerável do referido gasto na estrutura da despesa familiar. Como consequência, constatou-se uma forte ampliação da desigualdade de gastos entre as famílias, de tal forma que a educação passou a ser um dos itens dos gastos correntes de maior desigualdade.

No que se refere (...) aos gastos familiares e à dependência administrativa¹⁷ do estabelecimento escolar que frequentam, observou-se que, seja qual for a renda da família, aqueles que frequentam escolas públicas gastam o mesmo percentual da despesa corrente com educação. Já entre aqueles que estão na escola privada existe uma acentuada desigualdade, com os mais ricos gastando muito mais recursos que os mais pobres. Isso é um indício de que as famílias mais pobres que frequentam a escola privada estão compensando, em parte, o ônus do pagamento das mensalidades escolares, ao matricularem seus membros em escolas privadas mais baratas e, possivelmente, de pior qualidade.

O estudo assim revela que os gastos com educação das famílias brasileiras é indicador de uma acentuada desigualdade entre elas. Entre os mais ricos, os gastos com educação são *dezenas* de vezes maior do que entre os mais pobres, relação que mais que dobrou segundo os dados do IBGE, no período compreendido entre 1987-1988 e 2002-2003.

16 RM: regiões metropolitanas

17 Aqui o texto se refere à natureza publica ou privada do estabelecimento de ensino

4.2.SOBRE O PODER FAMILIAR

A expressão “poder familiar” é nova em nosso ordenamento jurídico. Segundo SILVIO RODRIGUES, corresponde ao pátrio poder, termo que remonta ao *pater potestas* do direito romano (direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização da família sobre a pessoa dos filhos).

MARIA BERENICE DIAS entende que a conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, segundo ela, o movimento feminista reagiu e daí o novo termo: poder familiar. Citando PAULO LUIZ NETTO LOBO, ela lembra das vicissitudes por que passou a família e que repercutiram no seu conteúdo ao dizer que quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital¹⁸.

A Constituição Federal concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher (art. 5º, I CF), ao definitivamente fundar direitos e deveres iguais, particularmente os referentes à sociedade conjugal (art. 226, §6º CF) e outorgando a ambos os genitores o exercício do poder familiar com relação aos filhos comuns. Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o instituto do poder familiar “deixou de ter um sentido de *dominação* para se tornar sinônimo de *proteção*, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles”¹⁹.

A expressão “poder familiar” não agradou parte da doutrina, dado revelar mais preocupação do legislador com a denotação de gênero carregada na palavra “pátrio” do que com a verdadeira conotação da palavra poder. Assim, é compreensível que a expressão *autoridade parental* tenha passado a gozar simpatia de parte da doutrina.

Segundo MARIA BERENICE DIAS, o poder familiar é um *múnus* (encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que não se pode fugir), sustentando, ao mesmo tempo, que “*talvez se devesse falar em função familiar ou em dever familiar*”.

Entendemos que a família comparece na Constituição como uma entidade no Direito Público, protegida pelo Estado e desempenhando um papel central, compartilhado com o Estado

18 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, p. 382.

19 *idem, ibidem*, p. 383.

frente ao dever da educação, claramente iluminado por princípios norteadores, como o interesse público, por exemplo.

Urge tentarmos, de alguma forma, construir algo para suplantiar o modelo que tenta adequar figuras e institutos no Direito de Família, ignorando sua raiz constitucional. É na Constituição que devemos encontrar o rigor que a doutrina demanda da caracterização do poder familiar. A Prof. VERA KARAM DE CHUEIRI nos alerta para o fato de que Constituição *funda* o novo. Assim, entendemos que o Direito de Família deve ser repensado a partir dela, abandonando o apego que leva parte da doutrina a tentar salvar mesmas figuras e institutos, supostamente acomodando-os a ela ou, muitas vezes, parece-nos, repetindo-lhes velhas interpretações *apesar* dela.

Consideremos o exercício do poder familiar no caso das separações judiciais, do divórcio ou da dissolução da união conjugal.

Infelizmente, parte da doutrina, não obstante não mais confundir guarda com poder familiar, parece, num outro extremo, conseguir reduzir o que é um *dever*, o dever de educar, ao direito de *visita*. Curiosamente, isto ainda se vê em meio à retórica doutrinária do afeto, da convivência e dos interesses do menor.

Vamos tomar aqui o caso do direito de visita, por seu enorme interesse prático, considerando uma passagem da obra de MARIA BERENICE DIAS:

Quando o filho está sob a guarda unilateral de um dos pais, **resta ao outro apenas o direito de visita** (grifo nosso). Ainda assim permanecem intactos tanto o poder familiar como a guarda jurídica, pois persiste o direito de supervisionar o interesse dos filhos (art. 1.583 CC) e de fiscalizar sua manutenção e educação (art. 1.589 CC). Esse poder de vigilância não deverá transformar em direito de ingerência: não dispõe o genitor não guardião de direito de ação, nem de direito de veto em relação às decisões tomadas pelo detentor da guarda²⁰²¹.

Ora, é claro que atribuições fundamentais do poder familiar, como emanções de um *dever*, subsistem à separação dos pais de uma criança. Vamos aqui esboçar uma construção conceitual do poder familiar, conforme a Constituição. O direito de visita é, na guarda unilateral, uma consequência lógica da separação. É evidente que este direito não é incondicional²², mas é

20 DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 387.

21 Aqui, a autora se refere à redação anterior do art. 1.583 CC.

22 Considere-se, por exemplo, o que já expôs EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE em “O direito (não sagrado) de visita” (1996)

igualmente óbvio que é do poder familiar, como um *dever*, que surge o direito do não guardião de ter os filhos em sua companhia, dada a separação. O direito de visita é um indicativo de que algo da autoridade parental se preserva, como um *dever* que sempre existiu. Este vestígio, por sua circunstância, é o dever da educação que a Constituição atribui à entidade familiar (art. 227 CF), seja qual for, *seja* ela como estiver.

No direito de visita, temos o traço de uma competência do poder familiar que subsiste apesar da não convivência entre genitor e filho, sendo rigorosamente independente da forma de convivência familiar, posto que o *dever* de educar não cessa. O fato de se dizer que “ao outro resta apenas de visita”, no entanto, é um exagero, uma simplificação de uma interpretação *apesar* da Constituição.

Tomemos as competências no *exercício* do poder familiar e enumerados no art. 1.634 CC. Vamos analisá-las sob o ponto de vista do exercício do *poder-dever* familiar com base na ordem constitucional, como garantidora plena dessas atribuições, no seio de uma entidade que se protege como base da sociedade, sob a perspectiva de sua função primordial: a educação.

Diz o art. 1.634 CC que “*compete aos pais, quanto às pessoas dos filhos menores*”:

I - dirigir-lhes a criação e a educação

O ordenamento confere à entidade familiar a direito de poder definir os moldes da educação da criança, segundo suas convicções e crenças, algo que guarda relação com a afirmação do pluralismo de idéias e concepções, presentes nas garantias fundamentais dos direitos individuais e coletivos na Constituição. Esta competência do exercício do poder familiar pelo genitor não guardião subsiste na não convivência com o alimentando, tal como dispõem os artigos 1.583²³ e 1.589 CC, naquilo que MARIA BERENICE DIAS chamou de “guarda jurídica”. Assim, persistem os deveres com a educação do *poder-dever* familiar para o genitor não guardião, sendo aplicável o art. 1.632 CC quanto à não convivência. Não compartilhamos da visão de que esta situação poderia, por si só, degenerar num direito de ingerência, dado o que é assegurado no parágrafo §1 do art. 1.631 CC.

II - tê-los em sua companhia e guarda

Esta competência constitui-se numa *garantia* da prerrogativa dos pais na transmissão de

23 Devemos aqui considerar a redação do art. 1.583, modificada pela Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, que introduziu a guarda compartilhada

comandos, orientações, hábitos e práticas familiares como parte do processo *educacional* de formação na criança de sua identidade afetiva, familiar, cultural, religiosa, ética e moral. Neste caso, a família deve ser entendida como base da sociedade definida como tal no art. 226 CF. Na situação limite da separação ou da não convivência, no direito privado, a técnica da interpretação 'apesar' da Constituição parece dar origem à sua versão atrofiada, como direito de visita. Evidentemente, a alienação parental não pode ser aquilo que o constituinte almejou ao dar especial proteção à família e à criança. Ao reconhecer a existência da entidade familiar monoparental, a Constituição não pode ter validade, apenas por tal motivo, uma outra norma que a ela dê origem.

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem

Renova-se aqui a sabedoria que se espera de nossa ciência, num daqueles pontos de encontro entre o arcaico e o atual que marcam tantas passagens. O aspecto mais notável desta competência é o de ser uma exceção à hipótese da suficiência do detentor da guarda, no suprimento da capacidade de fato do absolutamente incapaz do inciso seguinte. Do interesse patrimonial do *pater familias*, à prática dos casamentos por arranjo familiar, ao imperativo de se evitar união incestuosa da escabrosa ficção na doutrina, em meio ao que parece ser a antítese do atual, talvez possamos vislumbrar, em meio ao arcaico, a visão de que a defesa do interesse público talvez possa sobrepujar os limites da representação legal do menor. Nada mais moderno, no contexto deste trabalho, oportuno dizer.

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhes sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar.

Neste inciso, comparecem implicitamente hipóteses de extinção, suspensão ou perda do poder familiar. A perda ou suspensão do poder familiar é determinada pelo juiz, nos casos previstos em lei. Aqui, no entanto, a lei dispõe da sucessão do poder familiar como uma competência daqueles que, numa dada circunstância, o detiverem com exclusividade.

V - representá-los, até os dezoito anos, nos atos da vida civil. e assisti-los, após esta idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.

Esta é a regra geral do suprimento de capacidade em nosso ordenamento, na representação legal do incapaz, aspecto que sob o ponto de vista processual introduzirá enormes complicações naquilo que problematizamos neste trabalho. Cabe aqui apenas atentarmos para o fato de que a

figura do representante é mutável no tempo e que mesmo as prerrogativas da representação não são absolutas. Podem existir limitações de interesse público na representação, como no caso extremo da intervenção do juiz a pedido do tutor no art. 1.740,II CC.

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha

Esta competência é imune à separação ou dissolução da união entre os genitores do menor. Ela independe da convivência e decorre diretamente do *dever* do poder familiar, ainda que possa ser, em circunstância concreta, prejudicada pela representação legal.

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição

Com base em critérios lógico-pedagógicos, pode-se afirmar categoricamente que ou esta competência subsiste apesar da não convivência dos genitores ou o dever da educação não mais existe para aquele que não mais detém a guarda. É impossível atribuir-se a alguém o *dever* de educar uma criança, sem investi-lo da capacidade de exigir respeito e obediência. A família é uma função protegida pelo Estado na Constituição.

Não se pode conceber o dever constitucional da família com a educação se as competências do poder familiar do genitor não guardião são tão reduzidas como a observação de MARIA BERENICE DIAS dá a entender.

Cabe aqui uma rápida digressão. Certas relações tem raízes sociais profundas, como a relação médico-paciente e professor-aluno. Estas relações estão fulminadas de morte na atualidade, tendo sido adotado, como novo modelo, a relação de consumo. Em particular, o aluno torna-se um *cliente* da Escola, na instituição privada de ensino. Adimplido o pagamento de uma mensalidade, ele é um consumidor que acredita então só ter direitos. Deste modo, surge, na instituição privada de ensino, o problema de controle de conduta (respeito/obediência) de um cliente, o *dual* cidadão-consumidor. Existe um controle importante na relação médico-paciente e professor-aluno que estão em instituições *externas* e que se identificam com a importância social dessas relações. O mundo movido pelo crédito eletrônico parece destruir esta importância, produzindo um consumidor asoberbado de direitos de uma falsa e mediada cidadania.

Neste cenário, a família, inscrita na Constituição como função social, parece não mais poder ser reconhecida como tal em toda a sua extensão.

Em meio a tanta perplexidade diante dos paradoxos da Modernidade, haverá um dia quem *definirá* família como a entidade que, protegida pelo Estado, compartilha com este o dever de educar crianças. Esta é uma definição implícita contida numa possível leitura do art. 205 CF. É claro que existem outras funções que podemos conceber à entidade familiar, para defini-la implicitamente. No entanto, esta definição ainda que soe precipitada, já tem o mérito de ser, ao mesmo tempo, personalizante e despatrimonializada, incorporando uma crise que parte da doutrina ainda não entendeu.

O Código Civil de 2002, ao definir as competências no exercício do poder familiar, reforça a distinção entre seu exercício e a guarda dos filhos (art. 1.634, II CC), algo que tem origem na caracterização funcional da família na Constituição. É evidente que, a partir do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, reafirmado no art. 2o. do ECA, surge definitivamente uma distinção entre guarda e poder familiar, por exemplo com a possibilidade de se conferir a guarda a terceiro sem que cesse o poder familiar do genitor.

É certo que resta, mesmo assim, alguma confusão entre guarda e poder familiar. Referindo-se apenas à titularidade do poder familiar durante o casamento ou união estável, o Código Civil de 2002 nada diz a respeito quanto às demais entidades familiares abrigadas, ainda que implicitamente, pela Constituição. De todo modo, a interpretação da titularidade do poder familiar deve sempre ser entendida em conformidade com sua abrangência constitucional.

A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos²⁴. Apesar da previsão do exercício exclusivo do poder familiar no art. 1.631, na falta ou impedimento de um dos pais, há, no Código Civil, uma única exceção imediata no sentido da exclusividade no exercício do poder familiar, neste caso, pela mãe, no art. 1.633, quando do não reconhecimento do filho pelo pai.

Assim, a convivência dos genitores entre si e dos genitores com os filhos não são requisitos para a titularidade do poder familiar. O poder familiar em nosso ordenamento apenas se suspende ou se perde por decisão judicial, nos casos previstos em lei. Existirão variações de grau quanto ao exercício do poder familiar, considerando-se o caso extremo no dever de guarda, mas não com relação à sua titularidade, dados os contornos da convivência entre genitores e seus filhos.

24 redação textual do art. 1.632 CC

O poder familiar dos pais é um *dever* a eles atribuído pelo papel que a família desempenha no ordenamento constitucional, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos.

4.3.ALIMENTOS E O DIREITO À EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL

As Estatísticas do Registro Civil do IBGE 2005 mostram um aumento sustentado no número de casamentos e de separações no Brasil. Por outro lado, cerca de metade dos casamentos duram em média menos de dez anos²⁵. Assim, é natural imaginarmos que mais e mais famílias batam às portas dos tribunais, buscando a tutela jurisdicional na satisfação das necessidades de filhos menores em idade escolar básica fundamental.

No Direito, o conceito do termo alimentos é amplo na caracterização da obrigação entre parentes de provê-los, englobando não só o necessário para sua subsistência, como também o que é devido para a satisfação de outras demandas essenciais da vida em sociedade. É assim que os alimentos, em sentido jurídico, incluem também as necessidades com a educação do alimentando.

O Código Civil de 2002 não se preocupou em definir o que se entende por alimentos. Há, no entanto, um conceito legal de alimentos no art. 1.920, quando a lei refere-se ao legado: “*O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor*”.

Assim, alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo que no sentido comum e incorporam na pretensão, além da alimentação, também do que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução que se traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência²⁶.

A educação fundamental do menor é o aspecto da pretensão na ação de alimentos que discutimos neste trabalho.

Inicialmente, devemos inicialmente atentar para o fato de que o paradigma na pretensão da ação de alimentos é a tutela pelo equivalente em pecúnia. Evidentemente, há disposições, no Código Civil, como as prestações *in natura* do artigo 1.701:

Art. 1.701 - A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.

25 IBGE, ESTATÍSTICAS DO REGISTRO CIVIL (em particular, “Separações judiciais concedidas em 1ª instância, por tempo transcorrido entre as datas do casamento e da sentença, segundo o lugar da ação do processo - 2005”)

26 VENOSA, Silvio, Direito Civil, vol. VI, p. 348

Este dispositivo revela-nos a natureza única dos deveres relativos à educação no caso do menor. Em primeiro lugar, parece descabida, por absurdo, a prestação *in natura* do necessário à educação do alimentando.

A família em nosso ordenamento, através dos pais ou responsáveis, está obrigada a matricular seus filhos na rede regular de ensino (art. 55 do ECA), não se admitindo a educação doméstica da prole (o chamado *homeschooling*), prática admitida em alguns países e que ganha alguma força, por exemplo, nos Estados Unidos, por exemplo, onde é legal na maioria dos Estados.

Numa perspectiva oposta, devemos refletir que o necessário à educação de um menor não se esgota na Escola. Ela passa pela convivência familiar, pelo estímulo e incentivo continuados, pela transmissão de valores culturais, éticos e morais, que se confundem com as bases onde se constrói a própria identidade afetiva da família e da criança, no conhecimento da sua história, dos seus hábitos e tradições. Esta perspectiva profunda da convivência está na base da dimensão afetiva da paternidade, como nos ensina o Prof. LUIZ EDSON FACHIN. Sustentamos que esta dimensão não admite simplificações na sua importância no desenvolvimento de uma criança.

É comum entender-se que, na ação de alimentos, deve-se disciplinar não só sobre alimentos, mas também sobre o direito de visitas do genitor não-guardião. Não obstante, as minúcias com se descrevem as formas de convivência nas férias escolares, feriados, festas religiosas, como o período natalino, sequer arranham a superfície de um problema muito mais profundo, a convivência como parte da educação da criança e o direito-dever que o cônjuge não guardião tem de influir e participar na educação de seus filhos.

No entanto, por mais importante que seja, é certo que essa convivência não encontra, na prática, a mesma relevância que adquire a educação na ação de alimentos. A própria educação com o sentido amplo de um *dever*, com a magnitude que tem, é reduzido a seu equivalente em espécie. Existe um reducionismo que é central ao estereótipo do pai separado que é central na construção de um paradigma para a tutela jurisdicional que se demanda.

Pudéssemos, neste sentido, entender a educação como uma necessidade na sua verdadeira dimensão e o direito de convivência entre pais e filhos não seria um “direito de visita” e sim uma *obrigação*. Reencontramos aqui o cerne de um *dever* maior que a prática nos tornou incapazes de reconhecer em sua verdadeira abrangência. Felizmente, com a alteração dos artigos 1.583 e 1.584

CC pela Lei 11.698/08, finalmente, ao juiz é atribuído o poder de decretar sobre a guarda compartilhada²⁷.

Como diz VENOSA em sua obra em Direito Civil, “a plethora de ações de alimentos em nossa cortes exigem muita dedicação e perspicácia dos magistrados numa nação de acentuada pobreza com injusta distribuição de riquezas”.

A assimetria que foi historicamente construída na relação de guarda, que leva ao fenômeno da chamada *alienação parental*, deveria remeter-nos à busca de um significado profundo do que são as necessidades com a educação no caso do menor na ação de alimentos. Carregada de concepções de gênero, dado que os filhos ficavam preferentemente com a mãe, nem a garantia de igualdade entre homem e mulher, parece conseguir quebrar o reducionismo das prestações em pecúnia.

Partindo do princípio que constitui regra geral dos alimentos no parágrafo 1º do art. 1.694, segundo o qual os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, passamos agora discutir sobre quais são os limites daquilo que pode se caracterizar como necessidades relativas à educação.

Atualmente, há entendimento pacífico na jurisprudência no sentido de que a maioridade civil aos 18 anos não extingue o direito a alimentos, particularmente quando o alimentando cursa o ensino superior. Este entendimento reflete a realidade da enorme expansão da rede privada de ensino superior desde 1988 e a proporção que os gastos com mensalidades em faculdades particulares adquiriram atualmente nas despesas correntes das famílias brasileiras, conforme indica a pesquisa do IBGE anteriormente citada. É evidente que devemos sempre considerar as necessidades específicas do alimentando quanto à educação, particularmente aquela voltada para crianças e adolescentes portadoras de deficiências e que, por sua condição, requerem cuidados especiais.

No entanto, acreditamos que existem limites ao que se pode demandar, numa ação de alimentos, quanto às verbas alimentícias destinadas à educação fundamental, no caso geral.

Devemos aqui lembrar que uma das grandes contribuições modernas dos constitucionalistas é a construção hermenêutica da interpretação conforme, como diretriz na assimilação do conteúdo das leis, de modo a conformá-lo, delimitá-lo pelos princípios e normas constitucionais. Assim, o

27 v. redação da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 no Anexo 3.

juiz deve esgotar, explorar ao máximo, a conformidade da norma infraconstitucional, declarando sua inconstitucionalidade quando sua incompatibilidade com a Constituição for insuperável e intransponível no caso concreto.

Segundo PAULO LUIZ NETTO LÔBO²⁸, no passado, a operação hermenêutica encontrava-se invertida, pois a Constituição era tida apenas como uma moldura, cujo conteúdo era preenchido pelas leis e códigos. Esta inversão hermenêutica foi favorecida por uma leitura da regra de vedação de *non liquet* ("*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*", art. 4o. da LICC) que conferiu um caráter supletivo aos princípios. Assim, mesmo esta regra há de ser interpretada, ela própria, em conformidade com a Constituição; vale dizer, apenas em relação aos princípios gerais que não sejam constitucionais, pois estes não são supletivos, mas conformadores da lei.

Tomemos o caso de uma criança que seja matriculada pelo pai em escola confessional de fé diversa daquela da mãe. Considerando o potencial desacordo, pode a autoridade parental, independentemente de deter a guarda do menor, no exercício de um poder familiar que não cessa com a separação ou dissolução da união estável, recorrer ao juiz, que deverá julgar considerando as garantias expressas na Constituição acerca da liberdade de credo, por exemplo.

Este caso poderia ser aqui complicado com a exigência daquele que deve prestar alimentos de arcar com as mensalidades de uma escola confessional que educará seu filho instruindo-o com crenças e valores diversos dos seus. Ao juiz cabe decidir nestes casos, considerando sempre o interesse do menor, mas aqui, deve-se enfrentar tais questões sob a luz de garantias constitucionais.

Cabe aqui lembrar a redação do art. 1.694 do Código Civil

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Considerando a regra geral dos alimentos, tomemos o caso das necessidades com educação fundamental de um menor cujos pais que não mais convivam maritalmente. Este caso é interessante porque a aplicação geral da regra aponta para uma outra pessoa obrigada que se situa *fora* da

28 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. acessado em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>

entidade familiar. Esta pessoa é o próprio Estado. A norma constitucional expressa no art. 208 CF, que diz que o dever do Estado com a educação será *efetivado* com a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, sendo o acesso ao ensino obrigatório um direito público subjetivo.

A ordem constitucional reconhece a partir de 1988 o *dever* estatal de prover ensino fundamental gratuito. Assim, ao contrário das demais necessidades a serem supridas pelos alimentos na lide, no caso da educação fundamental, o Estado (tipicamente, o Município) é a pessoa obrigada na satisfação de parte do objeto da prestação demandada pela conjugação dos artigos 208 e 211 da Constituição Federal.

No caso da educação fundamental, a norma que rege o direito em seu aspecto *alimentar* seria uma norma de direito público. O familiar não seria, de imediato, pessoa obrigada a adimplir tal obrigação, pela admissão da exigibilidade na demanda do pagamento de mensalidades em instituições privadas de ensino. A Constituição dispõe que a educação fundamental, no que diz respeito à oferta vagas em estabelecimentos de ensino público, é um *dever* do Estado, efetivado nos termos do art. 208. Nestas condições, deveríamos refletir sobre exigibilidade, na lide privada, das necessidades com educação, relativas à frequência escolar do ensino fundamental, sob a luz de garantias expressas na Constituição.

Devemos ponderar que, muitas vezes, ao se demandar o pagamento de escolas particulares para o ensino fundamental de uma criança, o que a pretensão traz à lide não são as necessidades de educação do alimentando, mas sim suas necessidades consideradas *apenas* como um traço distintivo de sua condição social.

É oportuno lembrar o quanto o dispositivo do art. 1.694 CC reflete a realidade de que mensalidades escolares em cursos regulares cresceram em sua importância relativa entre as despesas correntes das famílias brasileiras desde 1988, representando hoje cerca de metade dos gastos com educação das famílias brasileiras. Sobretudo, é ainda mais importante perceber como esta preocupação do legislador espelha a realidade de que os mais ricos gastam mais de vinte vezes com a educação do que os mais pobres.

Diante dos dados socio-econômicos aqui indicados, deve-se apontar que, no caso da educação fundamental, ao se caracterizar a necessidade do pagamento de mensalidades escolares, como obrigação do alimentante, não é da educação que estará se falando, a necessidade aqui haverá

de se referir exclusivamente à condição social que passa a incorporar em si o caráter alimentar que a ela se atribui. No cerne da formação de cidadania, a educação fundamental, temos uma norma infraconstitucional que realimenta em nossa sociedade a desigualdade que a construiu.

Não se trata aqui de discutir a caracterização de outras necessidades do alimentado menor com educação, tais como, cursos especiais, aulas de língua estrangeira, música, artes ou da instrução em práticas esportiva, por exemplo. Ao integrar a realidade da vida de uma criança em idade escolar fundamental, estas atividades extra curriculares, como verdadeiras necessidades, devem obter sua proteção na tutela jurisdicional. Além disso, não devemos excluir outras necessidades que devem ser protegidas, como aquelas associadas à frequência escolar de uma criança no ensino fundamental, como material escolar, livros e transporte, por exemplo.

Entre as infinitas possibilidades daquilo que pode caracterizar as necessidades com a educação de uma criança, dado que toda criança é especial a seu modo, uma necessidade em particular é profundamente cara ao espírito republicano e democrático: a educação fundamental.

No entanto, como diz o Prof. MAURICIO DOTTORI, uma criança no Brasil estuda numa instituição privada não para escolher seus professores, mas para que seus pais escolham seus colegas.

5. SOBRE O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

Os direitos públicos subjetivos, ainda que não se confundam com direitos indisponíveis, estarão sempre presentes na caracterização destes, notadamente na legitimação ativa do Ministério Público, na defesa de interesses individuais indisponíveis na demanda de prestações por parte do Poder Público. Por seu interesse atual, cabem aqui algumas observações sobre esta figura de enorme complexidade, que é o direito público subjetivo.

Nosso problema, ao sustentar que o direito à educação fundamental é um direito público subjetivo que subsiste na ação de alimentos, é juridicamente tão complexo quanto reconhecer que a norma concreta, feita pelos homens, uma disposição de representantes no Parlamento, pode ser falha e gerar uma irracionalidade que parece violar fundamentos do próprio Estado.

Um Estado se fortalece em sua soberania na educação fundamental de sua cidadania. É seu papel primordial que levou o constituinte a atribuir ao Estado o dever da educação, como nunca o tinha feito antes, em 1988.

As bases fundamentais, características do Estado de Direito, são o império da lei, a separação de poderes e a garantia de direitos individuais.

Embora a maioria dos autores tenha percebido a importância desses conceitos para o reconhecimento do caráter jurídico da relação que se estabelece entre Estado e cidadão, nem todos reconhecem a existência de autênticos direitos públicos subjetivos.

De fato, desde o século XIX, não só a própria *possibilidade de existência* de direitos subjetivos no campo público é alvo de posições conflitantes, como o é também a atribuição de seu significado, seus limites e possibilidades entre aqueles que reconhecem tal figura jurídica.

CLARICE DUARTE SEIXAS retoma o conceito de direito subjetivo de JELLINEK (“o poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico, tem por objeto um bem ou interesse”), ao discutir os aspectos históricos que conduzem a sua formulação, desde WINDSCHEID e JHERING, e que, a partir de sua posição nuclear no direito privado, lança as bases de sua construção conceitual no direito público, algo que culmina na obra de HENKE.

Na visão de JELLINEK, a personalidade é uma categoria própria do direito público, formada pelo conjunto das capacidades jurídicas reconhecidas e concedidas ao indivíduo pelo ordenamento jurídico estatal. Diz a autora que “a personalidade jurídica do indivíduo implica a

possibilidade de provocar a ação do Estado no interesse individual, colocando em movimento as normas do ordenamento jurídico”²⁹.

Assim, dessa concepção decorreria a idéia de que a personalidade não é inerente a todo ser humano, mas seria constituída por um conceito variável, cuja extensão pode ser acrescida ou diminuída pela lei.

É assim que, neste trabalho, nós entendemos que há uma personificação da família na Constituição que funda, no Direito Civil, o exercício do poder familiar.

Retomando o que diz CLARICE SEIXAS DUARTE em sua tese de doutorado, a personalidade, para JELLINEK, não cria um direito em si, mas um status tetradimensional, uma condição à qual se pode conectar direitos individuais.

Suas dimensões são o *status subjectionis* (status passivo, o cidadão como súdito, na sua sujeição passiva como sujeito de deveres perante o Estado), o *status libertatis* (status negativo, como um limite à intervenção estatal na esfera individual), o *status civitatis* (status positivo, como a capacidade jurídica de exigir, em interesse próprio, prestações positivas por parte do Estado) e o *status activae civitatis* (status 'político', que autoriza a possibilidade de interferir diretamente no exercício do poder, donde surge a noção de direitos políticos).

Assim, “os quatro status formam uma linha ascendente em que, do aniquilamento do indivíduo, da sua personalidade e vontade, e alcança, por graus sucessivos, o mais completo engrandecimento da vontade individual que, revestida de poder soberano, transforma-se na vontade do próprio Estado”³⁰.

SANTI ROMANO enfrentou a resistência por parte doutrina em conceber o direito como poder de vontade do sujeito dirigido contra o Estado, dado que, até então, apenas a vontade do Estado era reconhecida juridicamente. Afirma ele que negar a possibilidade de cidadãos serem sujeitos de direito público implicaria explicitamente que, na esfera pública, o único sujeito seria o Estado e que todas as relações entre o Estado e os cidadãos seriam relações entre um sujeito e um objeto. Tal idéia contrariaria assim um princípio elementar da ciência jurídica, a saber, o de que o direito é essencialmente uma relação entre duas pessoas, entre dois sujeitos: entre um sujeito e um

29 DUARTE, Clarice Seixas, O Direito Público Subjetivo ao Ensino Fundamental na Constituição Federal de 1988, p. 174.

30 JELLINEK, Georg, *apud* Clarice Seixas Duarte, *op. cit.*, p. 175.

objeto não se dá nenhuma relação jurídica.

SANTI ROMANO regista a idéia de que a separação de poderes é uma condição essencial para a existência dos direitos públicos e que isto não quer dizer que tais direitos dirijam-se contra esse ou aquele poder³¹.

O verdadeiro problema dos direitos públicos subjetivos é saber de que maneira, e a partir de que pressuposto, as leis concedem tais direitos. Essa questão só pode ser resolvida quando se resolve o problema da verdadeira relação entre Estado e cidadão³².

Claramente, o pressuposto que concede ao cidadão a garantia de acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, como um direito constitucional, é o controle do poder local do Município pelo exercício do poder familiar em face ao dever da Educação.

Cabe aqui a importante advertência feita por CLARICE SEIXAS DUARTE. A ação popular nada tem a ver com a figura do direito público subjetivo, pois, por aquele instituto, é reconhecida ao indivíduo a possibilidade de zelar pela legalidade dos atos da Administração Pública, ou seja, pelo bom cumprimento da ordem jurídica sem, com isso, criar autênticos direitos próprios dos indivíduos³³.

Para HENKE, ao reconhecer a existência de direitos públicos subjetivos, devemos admitir a possibilidade da existência de uma relação simétrica entre Estado e particular, ainda que dessa simetria não surja direito algum na possibilidade desse confronto.

Devemos lembrar que o *status* da teoria de JELLINEK baseia-se no componente subjetivo do princípio da legalidade da Administração. O *status* por si só não é direito, apenas um feixe de deveres de abstenção da Administração legalmente organizado. Ferir este *status* dá ao indivíduo uma pretensão material de reação. Esta pretensão é o *direito público subjetivo*.

O direito público subjetivo confere ao indivíduo a possibilidade de tomar válidos direitos próprios e não poderes de controle dentro da Administração. Nisto se distingue da ação popular.

Caberia aqui perguntar, dado entendermos que a Constituição fundamenta o *status* da família: o que desencadeia pretensões de reação frente à qualidade do serviço público na educação fundamental? Mais, qual deve ser o critério essencial para a individualização ou ressubjetivização

31 DUARTE, Clarice Seixas, *op. cit.*, p. 181

32 *idem, ibidem*, p. 191

33 *idem, ibidem*, p. 183.

desse direito? Tais questões são de grande importância aqui, dado que, no campo dos direitos fundamentais, é preciso saber quando há ou não essa individualização.

Uma coisa é certa e central para nossa problematização: *constitui exigência do Estado de Direito dar ao indivíduo uma posição de direito diante dos Poderes Públicos independentemente da vontade do legislador*³⁴.

Diz CLARICE SEIXAS DUARTE:

O direito público (...) evoluiu muito desde o século XIX. Hoje, é consenso que o povo é o verdadeiro titular da soberania e dele provém o poder do Estado. Assim, na noção de direito público subjetivo, encontra-se pressuposto o reconhecimento da aptidão do indivíduo para governar (princípio democrático), ainda que por meio de representantes. Dessa idéia decorre uma concepção naturalmente restritiva do poder dos governantes e de sua soberania. Por essa razão, reconhecer os direitos do indivíduo em face do Estado, estabelecendo limites para seus poderes, já não causa tanta estranheza. Chega-se, inclusive, a afirmar que o poder só é legítimo se exercido, senão diretamente pelo povo, pelo menos, para o povo, que tem todo direito de insurgir-se contra violações. Mas não foi sempre assim.

Uma das grandes inovações proporcionadas pela categoria dos direitos públicos subjetivos consistiu justamente no fato de ter possibilitado a criação de obrigações jurídicas por parte das pessoas de direito público, até então acostumadas a obrigar juridicamente aqueles que estavam submetidos ao seu poder. Aí estaria a justificação político-jurídica dos direitos públicos subjetivos³⁵.

Há que se entender, definitivamente, que o acesso ao ensino fundamental, como um direito público subjetivo, tal como previsto no art. 208 CF, visa à imputação da autoridade competente do Poder Público na efetivação de seu dever com a educação nele enunciado.

O poder constituinte assim determinou porque almejou, na realização da cidadania, um aspecto que lhe é ainda mais precioso: a reafirmação de uma verdadeira soberania.

34 *idem, ibidem*, p. 189

35 *idem, ibidem*, p. 177.

6. DISCUSSÃO

É evidente que existem crianças que requerem uma educação diferenciada, por demandarem cuidados especiais, particularmente por serem portadoras de deficiência. As agruras dos que passam por provação de tal monta costumam unir famílias, ao invés de separá-las, revelando assim a capacidade de entrega que há no amor pelos filhos e, para além de uma leitura resignada da limitação do humano, nos remetem à reflexão de que talvez haja uma justiça transcendente que faz com que aquilo que alguns podem chamar de problema pareça só existir onde *pode* existir.

A caracterização de necessidade de um determinado tipo de educação, como um direito em nossa sociedade, está associada historicamente a questões de credo. É uma liberdade intimamente ligada a questões de consciência. Tome-se o caso do ensino religioso católico na França, que constrói a alternativa privada ao ensino no estado laico que inspirou instituições religiosas no Brasil.

Num extremo oposto, não devemos esquecer que o monopólio estatal da educação é uma característica definitiva de Estado ditatorial.

É esta a leitura que se deve fazer do *caput* do artigo 209 da Constituição (“O ensino é livre à *iniciativa privada*”), que tem redação certamente indigna de sua importância histórica e filosófica, dado ser aqui tratada nos mesmos termos que o seria na ordem econômica. O fato é que, nele, “iniciativa privada” é uma expressão associada à livre iniciativa e a escola como *empresa*.

Sendo vedada a educação doméstica no Brasil, a família não dispõe da prerrogativa de educar seus filhos nos limites de seu convívio. Família que quiser empreender tal iniciativa deve adquirir uma personalidade jurídica diversa de si.

Reenfatizamos que a importância da educação é tamanha na ordem social que, em meio à crítica da despatrimonialização no Direito, haverá alguém que algum dia irá *definir* a família como a entidade protegida pelo Estado e que com ele compartilha o dever da Educação. Definição funcional da família, dado que, para lá dos interesses materiais, pouco há, se questões de gênero, de afetividade, de convivência, como crítica, fundam ou justificam apenas novos direitos patrimoniais.

A questão da qualidade da educação é central, não apenas no caso concreto da criança com necessidades especiais. Com relação à educação, toda criança é especial. As necessidades de sua educação passam sempre pela compreensão profunda da natureza desta missão.

Neste sentido, não devemos nos esquecer que, na ação de alimentos, a tutela pelo equivalente em pecúnia é o paradigma na demanda; fundada no que parece ser o encanto moderno pela intensidade, a educação perde aqui a dimensão essencial de sua qualidade para ser quantificada.

Finalmente, cabe aqui perguntar se podemos conceber a efetivação do dever do Estado com a educação fundamental como alguma coisa capaz de abstrair a suposta qualidade que se procura numa instituição privada de ensino. De fato, haverá quem diga que o dever do Estado se esgota com o mero acesso à educação fundamental.

Este esvaziamento formal do conteúdo da norma reflete o entendimento que sustentamos anteriormente de que os fundamentos do ordenamento jurídico não são por ele *definidos*; ao contrário, a prática do ordenamento deve estar constantemente reafirmando, buscando retornar às bases que lhe dão origem, sendo esta a medida última de sua eficácia. Neste sentido, os fundamentos da República, que aparentam ser princípios na aplicação da norma, não podem ser inconsistentes entre si. Não haveria que se falar no princípio da dignidade da pessoa humana, mas no *fundamento* da pessoa humana, anterior ao ordenamento jurídico a que ele próprio dá origem.

Assim, se é possível conceber que o dever do Estado com a educação fundamental se esgota com a oferta de *uma* vaga, independentemente de sua qualidade, este é um fato político que só encontra justificativas nos fundamentos da ordem jurídica e não dentro dela. Ao contrário, esta irá apenas refletir a eficácia com que reafirma seus fundamentos. A compreensão de que o dever do Estado com a educação não impõe a este um mínimo de qualidade, nivela obrigatoriamente o entendimento do que pode ser assimilado na obrigação familiar como necessário.

Resta assim saber se o não cumprimento da prestação com a qualidade devida por parte do Estado pode caracterizar a necessidade do alimentando no plano jurídico, na lide privada. Certamente que sim e, na prática, definitivamente o faz como presunção. No entanto, entre a omissão presumida do Estado quanto à qualidade na execução de políticas públicas e a exigibilidade de uma obrigação por um familiar não há apenas uma enorme distância, temos aqui a superposição de dois direitos subjetivos: um de natureza privada e outro de natureza pública de base constitucional. O Direito aqui opera em planos ou dimensões diferentes.

Digna de destaque é a menção de VENOSA de que a obrigação alimentar interessa ao

Estado, à sociedade e à família. Para nossa surpresa, no contexto da educação fundamental, diz este autor: “*Anote-se também que há interesse público nos alimentos, pois se os parentes não atenderem as necessidades básicas do necessitado, haverá mais um problema social que afetará os cofres da Administração*”³⁶. Com a máxima vênia, a questão do financiamento da educação fundamental no Brasil tem a relevância orçamentária e *federativa* que tem, para que possa se imaginar uma repercussão tão indireta nos fundamentos da cidadania. Sua repercussão é imediata e, no caso da Constituição de 1988, a educação fundamental foi instituída como um dever do Estado, como garantia a todos.

A oferta de escolas, na educação fundamental, se caracteriza na Constituição de 1988 como um *dever* do Estado. Há a leitura de que o direito público subjetivo, que disto resulta, é que o se refere meramente ao *acesso* ao ensino fundamental.

Assim, haverá quem diga que a “escola pública está lá” e que assim o Estado cumpre sua obrigação que, no âmbito da educação, compartilha com a família. Esta é uma leitura que confunde o acesso ao ensino fundamental com um acesso *difuso* ao ensino fundamental. Parece não ser humanamente possível confundir, em essência, a circunstância de se ver crianças entrando numa escola municipal e o fato de deixar uma criança lá.

Ao receber uma criança na escola pública, no ensino fundamental, a soberania presta um tributo à cidadania. Este é um gesto único que se repete em cada criança. Ele não se repete simplesmente porque a escola lá está.

Não existe cidadania coletiva. Se existe, ela tem outro nome.

Isto, no plano jurídico, levará a confundir, em natureza, as competências típicas do Ministério Público com uma outra, específica, peculiar e totalmente diversa, da família. No plano constitucional, o art. 208, §1º, confere legitimidade, ao poder familiar, de demandar o acesso ao ensino fundamental ao Estado-Administração como um direito público subjetivo de seus filhos. Este direito é, a nosso ver, a contrapartida da efetivação constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte do dever do Estado na oferta de vagas no ensino obrigatório e gratuito.

Neste caso, a diferença substancial entre o papel do Ministério Público e o da família frente à autoridade estatal, é que esta competência da família só lhe faculta exercer um direito próprio. Ela

36 VENOSA, Silvio, Direito Civil, v. VI, p. 240

não age aqui em nome do interesse coletivo ou difuso, ela age necessariamente em caráter individual e pessoal.

A autoridade parental comparece perante a autoridade estatal para matricular *sua* criança numa escola pública no exercício do *dever* de ambos, Estado e família, com a educação nos termos da Consituição.

A partir da personificação da família que acreditamos estar caracterizada na Constituição, fundam-se no Código Civil as competências do poder familiar. Utilizamos aqui, indistintamente, mais do que talvez nos autorizasse o rigor técnico, as expressões família, poder familiar ou autoridade parental. Fazemos isto apenas para reforçar nossa compreensão de que a família comparece na Constituição como uma entidade protegida pelo Estado, destacada do conjunto da sociedade, por compartilhar com o Estado o *dever* de educar crianças nos termos do artigo 205 CF.

Esta missão renovada da família que se desenha a partir da Constituição, por sua função como base da sociedade, justifica a diferença essencial entre o papel do Ministério Público e da família, na defesa do direito de acesso ao ensino fundamental. Isto esclarecerá as razões que levaram o constituinte à caracterização do acesso ao ensino fundamental como um direito público subjetivo.

O acesso ao ensino fundamental, que a família pode demandar da autoridade pública, é sempre pessoal e o exercício deste direito constitucional não pode ser fulminado em sua eficácia pela lei infraconstitucional.

Do contrário, reconhecer-se-ia que o descumprimento do dever da autoridade pública para com a educação, faz surgir um *outro* dever. Este novo dever, no caso do Código Civil de 2002, parece poder ser imputado ao alimentante no Código Civil. É o direito à manutenção da condição social na educação fundamental.

Devemos ter em mente que esta é uma repercussão política da ordem jurídica. A visão do legislador infraconstitucional não se coaduna com os fundamentos do que se torna jurídico na ordem constitucional: a cidadania.

Evidentemente, a família tem, na educação, um parâmetro para julgar a autoridade pública na eleição política. Em nossa República, como o voto é obrigatório, constrói-se, no cidadão, a percepção distorcida de que o direito público subjetivo de votar deve ser protegido por ser um

dever do cidadão.

O direito público subjetivo é o direito em seu aspecto mais puro e primitivo, um direito que emana do poder soberano do constituinte.

Entendemos que o acesso ao ensino fundamental, público, obrigatório e gratuito, é uma garantia constitucional à criança, O poder familiar, no exercício do *dever* que compartilha com o Estado, de educar novos cidadãos, é guardião de um direito da cidadania. Como tal, este direito é indisponível.

O entendimento de que o direito à educação é um direito individual indisponível já é reconhecido pela jurisprudência, na caracterização da legitimidade ativa do Ministério Público, para sua defesa de direitos frente à autoridade pública.

O que introduzimos aqui são as implicações da indisponibilidade deste direito no âmbito do Direito de Família, discutindo-as sobre o ponto de vista dos limites constitucionais de uma interpretação da regra de alimentos do art. 1.694 CC.

A família aqui cumpre uma função importante de controle da autoridade pública competente no art. 208 §2º CF, na caracterização da responsabilidade quando do não-oferecimento ou oferta irregular de ensino fundamental.

Este cenário de responsabilidade não pode ser antecipado, como que pelo exercício liminar de um direito por parte da família. A responsabilidade da autoridade competente é caracterizada em nome coletivo por ação do Ministério Público. Mas, no caso da família, a caracterização da responsabilidade da autoridade competente só pode ocorrer quando, e somente quando, a família *exerce* uma garantia constitucional, no exercício de um direito individual frente ao Estado.

Vale dizer, a família, ainda que em caráter subsidiário, dada a esfera individual de sua competência, tem a sua função no controle da autoridade pública, e aqui ela exerce uma competência em nome do interesse público, que está na essência do caráter *indisponível* do acesso ao ensino fundamental.

Assim, não cabe a própria exigibilidade da verba alimentícia correspondente ao pagamento de mensalidades escolares, no ensino fundamental em instituições privadas, pelo demandado na ação de alimentos. Esta pretensão é prejudicada por pela interpretação do art. 1.694 CC em face aos arts. 205, 208, 226 e 227 CF.

O acesso ao ensino fundamental na rede pública é um direito indisponível no exercício do poder familiar, dado o caráter de exercício de cidadania, de que se reveste, como controle político da autoridade estatal. Como tal, teria raiz na soberania, como necessidade.

YUSSEF CAHALI conta-nos que o art. 1.694 CC tinha originalmente redação diversa no Congresso. Diz o autor:

O Projeto do Código Civil aprovado pela Câmara dos Deputados dispunha em seu art. 1.722 que “podem os parentes ou os cônjuges pedir uns dos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender as necessidades de sua educação, **quando o beneficiário for menor**” (grifo nosso)³⁷.

Segundo CAHALI, no Senado Federal, contudo, a Emenda n. 321, deu ao citado dispositivo a redação vigente do art. 1.694 CC. Ou seja, com a emenda supressiva, as “necessidades de sua educação”, antes ressalvadas apenas ao “beneficiário menor”, se estendem igualmente a todos os alimentando, parentes ou companheiros.

A ser procedente de nossa ponderação acerca de sua inconstitucionalidade latente, a redação original do art. 1.694 tornaria a regra inócua, na demanda pela tutela da pretensão ao pagamento de mensalidades escolares para o ensino fundamental do alimentando pelo demandado.

Finalmente, devemos ponderar que o espírito do art. 208 CF difere, em sua natureza, do art. 1.694. O art. 208 CF é a expressão de um ideal republicano como um imperativo constitucional, com repercussão na definição de políticas públicas no âmbito federativo, a mais profunda afirmação do direito social da educação, na fase mais crítica da gênese da cidadania, o ensino fundamental. Não podemos exagerar o suficiente, ao dizer que é a instituição de um tributo da soberania à cidadania.

O art. 1.694, por outro lado, aparenta ser a antítese dos mesmos ideais republicanos. Ele visa tutelar a educação como um traço distintivo da condição social, como se pudesse fundar, ou antes, resgatar no ordenamento jurídico, um tipo de cidadania que, na prática, conceitualmente sempre existiu em nosso país.

O agente público não pode questionar se um pai é rico ou pobre quando este matricula seu filho numa escola municipal, ou se ele verdadeiramente precisa dela. Não pergunta ao familiar se, ao fazê-lo, está rebaixando a condição social de seu filho. Ou, se sua conduta visa o

37 CAHALI, Yussef. Dos alimentos, p. 38

inadimplemento voluntário de uma obrigação.

Assim, não pode ser. Seriam tantas as exigências que o procedimento administrativo se tornaria consideravelmente mais complexo do que pode ser um simples ato de cidadania numa República fundada na soberania. Ou que *precise* dela.

Quando na construção da norma jurídica, a interpretação de uma lei viola uma disposição constitucional que contém a expressão quase direta de um fundamento da República, não estamos mais diante do jurídico; neste caso, a lei deixa de ter eficácia na particular construção da norma jurídica diante do caso concreto. A interpretação da lei deve sempre conformar-se à Constituição.

Na Constituição brasileira de 1988, a educação fundamental se torna um dever republicano do Estado e o ensino em instituições privadas uma afirmação da liberdade aos cidadãos. Assim, o Estado não detém o monopólio da educação fundamental, mas comparece como garantidor, responsável último pela oferta de vagas na rede de ensino.

O fato de um cidadão poder exercer um direito constitucional, uma garantia do cidadão frente ao Estado, não pode jamais transformá-lo num dever de si. Em particular, no Direito de Família, a presunção do não cumprimento de um dever constitucional pelo Estado, na *qualidade* de ensino fundamental, não estende a natureza dos deveres da família em sua fundamentação legal. Em nosso ordenamento, a família não pode cumprir seu dever com a educação, fundando uma escola, a instituição republicana, no âmbito de suas relações de convívio. Para isto, ela deveria se transformar numa empresa, empresa escola que constrói novo paradigma na garantia de liberdade na educação no art. 209 CF, onde talvez devêssemos encontrar novas afirmações de direitos, frente a questões históricas de credo e de consciência.

A manutenção da condição social no Código Civil é totalmente inconsistente com a visão do constituinte em finalmente transformar a educação fundamental em dever do Estado. Isto visa a uma igualdade de condições para as crianças na fase mais importante da educação de futuros cidadãos, mas não inibe a liberdade dos cidadãos de buscarem alternativas ao ensino público, conforme suas crenças e suas convicções.

Ora, o acesso à educação fundamental na rede pública é parte do controle soberano da autoridade pública.

Sendo a principal estrada que conduz uma criança ao destino do exercício de sua cidadania,

a escola fundamental difere de uma rodovia construída pelo ente estatal. Nesta, hoje, o concessionário pode construir uma praça de pedágio e, com o material que sobra da manutenção desta, fechar os buracos da estrada. Isto a torna melhor, ainda que a um preço. Os buracos e as pedras da estrada da cidadania são invisíveis. Acreditar-se que tal analogia rodoviária, o contrato, por si só, torna mais seguro e melhor os caminhos da cidadania é um erro. Ainda que o cidadão consumidor, que assim se afirma na Modernidade, acredite nisto como um novo postulado.

Neste sentido, a escola pública, como tantos outros bens que constituem o patrimônio da cidadania, não é gratuita. Ela simplesmente não tem preço. Ela é uma conquista histórica. Uma sociedade educa suas crianças para se defender. Ou porque precisa. Ou para ter bons exércitos e boas leis entre os fundamentos do Principado, como disse Machiavelli.

Isto nos remete de volta ao art. 1º CF, Municípios e soberania estão lá. Municípios, como entes federados. Soberania, como fundamento.

O ordenamento jurídico não *define* seus fundamentos, ele apenas os reafirma. Nosso ordenamento não faculta, ao exercício do poder familiar, dispor de um direito constitucionalmente assegurado como dever do Estado. Ao negar esta conclusão, fundamos a construção política da autoridade pública que é inimputável quanto à *qualidade* do ensino. A sabedoria do constituinte uniu o interesse público à soberania, pelo exercício de uma competência que delegou à cidadania.

Para além os limites da constitucionalidade, cessam as possibilidades de interpretação possível da norma em seu sentido jurídico.

Para o além do universo jurídico, restam as conjecturas no infinito político, de impensados e distorcidos fundamentos da ordem constitucional de um sistema inconsistente. Num sistema assim, quem sabe, a soberania, como fundamento, possa se referir a uma soberania do poder local, como se não fosse possível na mente de tantos políticos no Brasil conceber a soberania de seu poder no município. A soberania antecede a própria possibilidade do texto constitucional. Ao vê-la enumerada como fundamento da República, poderíamos ter nela apenas uma expressão necessária do atraso por seu contexto.

Ao repararmos no prédio da “escola que está lá”, podemos achar que a soberania popular, que é afirmada apenas no primeiro parágrafo da Constituição, finalmente venceu o atraso educacional de nosso país ao garantir um acesso *difuso*, necessariamente indeterminado, ao ensino

fundamental.

O acesso à educação fundamental que a questão de direito levantada neste trabalho suscita é o do exercício de um atributo da cidadania, como direito indisponível. Quis o poder constituinte reforçar o exercício da cidadania na demanda de um direito social perante o Estado, utilizando a figura do direito público subjetivo, para garantir seu exercício incondicionado frente à estrutura peculiar de um federalismo que no novo texto se consolidava.

A educação é o segundo maior problema do Brasil. O primeiro e maior problema de nossa República, seja ele qual for, no entanto, é necessariamente a causa do segundo.

Não nos cabe discutir.

7. CONCLUSÃO

O ponto de partida deste trabalho é a aparente redundância conceitual que existe na inclusão da soberania como fundamento da República no art. 1º da Constituição. É possível uma leitura deste fato em seus aspectos formais, como faz o JOSÉ AFONSO DA SILVA. Mas, ainda que desnecessária sua afirmação em tal contexto, como ele sustenta, a soberania está lá, como fundamento de nosso ordenamento jurídico.

Isto nos levou a conjecturar que todos os fundamentos podem ser entendidos como a projeção no texto constitucional de uma realidade que *antecede* ao que é jurídico, situada no plano político, pré-existindo assim ao ordenamento que se funda na Constituição. Neste sentido, se, nos textos jurídicos, costumamos nos referir ao princípio da dignidade humana, como o mais importante princípio do Direito, talvez fosse mais apropriado dizer *fundamento* da pessoa humana. Não é a Constituição que o define. Ao contrário, ela constrói um ordenamento que o reafirma.

Qual é a relação que isto guarda com o nosso tema? A distante relação que a soberania guarda com nosso tema é seu parentesco com a racionalidade que leva uma sociedade a educar suas crianças como uma empreitada coletiva. Educação e soberania³⁸ devem guardar alguma relação com a *necessidade* de afirmação de identidade de uma nação.

Só poderemos compreender tal 'racionalidade' num plano político, vale dizer, pré-constitucional. Do contrário, construiremos apenas justificativas da inclusão no mercado de trabalho e no acesso ao consumo que podemos vislumbrar na legislação.

Num Estado Democrático de Direito não podemos mais dissociar a educação, como algo de interesse coletivo, dos demais fundamentos da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

Num segundo momento, apontamos uma peculiaridade de nosso federalismo, a saber, a inclusão dos Municípios como entes federados no mesmo art. 1º da Constituição. Ante a ponderação crítica de JOSÉ AFONSO DA SILVA acerca do incômodo formal que isto causa, buscamos alguma justificativa substantiva para este aspecto peculiar de nossa federação. Cremos tê-la encontrado nas competências constitucionais dos Municípios, entes federados prioritariamente

38 Aqui soberania não deve ser necessariamente entendida como soberania popular. Na contexto da citada observação sobre a soberania como fundamento no texto constitucional, por exemplo, JOSÉ AFONSO DA SILVA se refere à soberania no sentido de soberania *estatal*.

responsáveis pela educação fundamental, na realização de políticas públicas de educação como direitos sociais e na redução de desigualdades regionais como objetivos da República.

Isto levou-nos a buscar, nos dados do orçamento da União e dos Municípios, indicações objetivas da importância que isto pode ter tido na formação do pacto federativo que elevou estes últimos à condição de entes federados da República. Não carregando demasiadamente em números, cremos ter minimamente caracterizado a relevância que as transferências entre União e Municípios tem com relação à educação fundamental.

Deste modo, partimos dos fundamentos da República na Constituição e de uma característica peculiar de sua organização federativa, para justificar de um ponto de vista objetivo, de raiz constitucional, a relevância que adquire, em nosso ordenamento, a educação fundamental, núcleo da problematização levantada neste trabalho. Tivemos aqui e ali, mesmo em reduzido espaço, que contornar imprecisões conceituais no texto normativo em meio às nossas.

De modo análogo, ainda que num extremo oposto, buscamos a partir de dados sócio-econômicos do IBGE, analisados num estudo do IPEA, justificar de modo minimamente objetivo e verificável, a relevância que a educação tem no âmbito privado, dado que famílias, tal como os entes políticos, têm um orçamento. Novamente, não exploramos demasiadamente numa análise de tantos dados, posto que tal prática ainda é ineficaz no Direito de Família. No reconhecimento do direito a alimentos, segundo MIGUEL REALE, “o legislador, ao invés de recorrer a critérios quantitativos, preferiu situar a questão em função das circunstâncias sócio-econômicas em que se encontrarem os interessados”. A afinidade que não temos pelos números foi aqui decerto enfrentada pela curiosidade que anima um investigador.

A partir de uma análise destes dados, ficou clara a evidência da importância crescente que a educação tem nos gastos das famílias brasileiras.

A seguir, certamente naquele que é o ponto mais delicado de nossa argumentação, abordamos os problemas decorrentes do exercício do poder familiar na dissolução dos vínculos de convivência entre genitores por suas implicações numa ação de alimentos.

O aspecto central de nossa discordância com relação a parte da doutrina, presa ainda ao direito anterior, baseia-se no fato de que o “poder familiar não se altera com a separação judicial, o divórcio ou a dissolução da união estável” (art. 1.632 CC). Em particular, numa leitura em

conformidade com a abrangência com que a Constituição conceitua entidade familiar, entendemos que nada na separação de fato entre pai e mãe alteraria a essência de seu poder familiar como um *dever* para com a educação dos filhos. Nosso entendimento se funda numa compreensão de que o poder familiar é um *dever* constitucionalmente atribuído a pais e mães, no âmbito de direitos e deveres públicos e constitucionais, guardando uma certamente incômoda proximidade com o poder-dever da autoridade pública.

A seguir, lembramos que, por força de norma constitucional, o efetivo cumprimento do dever com a educação fundamental é uma garantia expressa ao menor alimentando, como um dever do Estado. O Estado assim seria pessoa obrigada em parte da prestação demandada na ação de alimentos quanto à educação fundamental.

Finalmente, dissemos que o dever do Estado com a educação implica que o direito à educação fundamental é um direito público subjetivo do menor alimentando, o que se constitui num direito indisponível no exercício do poder familiar.

A conclusão deste trabalho é que não se aplica a regra geral de alimentos no art. 1.694 CC à parcela da verba que, demandada na ação de alimentos, visa ao pagamento de mensalidades escolares em instituições privadas de ensino, com base nos arts. 205, 208,I e 208, §1º, 226 e 227 CF.

Finalmente, resumimos nosso trabalho numa frase:

“Se podemos descaracterizar a qualidade da educação fundamental como dever do Estado, obrigação da qual a União seria devedora solidária, a ponto de justificar, como necessidade alimentar, a exigibilidade de verba para pagamento de instituições privadas de ensino a uma criança numa ação de alimentos, dado o entendimento de que o mero acesso à educação fundamental seria indicativo suficiente do cumprimento da obrigação estatal pela autoridade pública, então poderemos compreender melhor por que os Municípios comparecem como entes federados na definição de uma união indissolúvel, na qual a cidadania teve que ceder prioridade à afirmação de uma soberania como seu fundamento, por ser esta a expressão definitiva de seu próprio atraso”.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se aprofundarmos a discussão aqui levantada, ainda que o problema juridicamente se coloque de forma direta como uma diretriz de não contradição com a norma constitucional, esbarraremos numa questão tão antiga quanto a inadequação da teorização do direito público a partir de figuras do direito privado no século XIX. Num estado democrático de Direito, não há mais que se postular a autolimitação do poder estatal quando se está diante de um cenário tão rico de contradições entre as normas, os princípios e os fundamentos de nosso ordenamento.

Enxergamos nestas contradições uma questão muito mais profunda, a transferência para o domínio privado de direitos básicos de cidadania, processo tão característico da Globalização, segundo tantos pensadores, algo que neste trabalho situamos em seus impactos, repercussões e pressupostos nos fundamentos políticos de nossa Constituição.

Quando a uma criança se confere algo que se caracteriza como um poder de vontade ou interesse, estamos diante de um cenário rico de soluções e é preciso aqui refletir sobre as razões que permitem construir uma solução privada para um direito público.

A primeira delas é a possibilidade de se imputar ao cidadão o dever de adimplir obrigação do Estado. É o que está acontecendo a grande parte dos direitos sociais.

Sempre é oportuno lembrarmos, num momento em que se volta a discutir uma identidade nacional para o cidadão brasileiro, como forma de homogeneizar seu tratamento pelos sistemas de informação públicos ou privados, que o número que identifica inequivocamente um cidadão no Brasil é o número de seu CPF. Ao mesmo tempo, nos EUA, o número que nacionalmente identifica um cidadão é o seu SSN (Social Security Number). Ou seja, o que identifica um cidadão americano corresponde a um conjunto de direitos sociais; no Brasil, o que o identifica, na prática, é a caracterização de sua sujeição passiva nas obrigações tributárias.

A segunda e a mais importante das possibilidades explicativas é que fundamentos da República, como a soberania e a cidadania, não são, de fato, independentes. Se uma Constituição é uma afirmação política de soberania de um povo, é no tratamento que dispensa à educação que percebemos como o Estado prepara seus cidadãos para construir uma defesa para a limitação *exógena* de sua própria soberania. Não adianta procurarmos na Constituição uma lógica interna para

as razões pelas quais educamos crianças. Isto não esgotaria o problema, por exemplo, pela inserção no mercado de trabalho ou pelo acesso ao consumo. Uma coletividade educa suas crianças para defender a identidade que uma Constituição materializa sob o ponto de vista político, seja como soldados ou cientistas, como dissemos anteriormente.

A afirmação dos direitos sociais em sede constitucional no século XX coincide com um processo de financeirização do capital, a partir do fim do século XIX, processo que levou o mundo a duas Guerras Mundiais. Hoje, o economista dirá que Estados não quebram e que o valor de uma moeda é função exclusiva da taxa de juros que os governos nacionais pagam para que elas sejam atraentes para um capital que se internacionalizou. Claro que se deve aqui descontar a inflação: parece-nos que reduzi-la ao seu ótimo econômico se tornou o objetivo último de nossa República nos últimos quinze anos de nossa história.

Assim, o processo que se constrói na afirmação de direitos (agora sem a concorrência de mercado, com a morte do concorrente socialista) é o de que os direitos de hoje custam às sociedades sua soberania no futuro. Na era da sustentabilidade planetária, cabe aqui perguntar até que ponto uma sociedade pode empenhar seu poder de decidir no futuro para consumir o agora.

Neste sentido, dado o oceano de possibilidades que o presente parece construir pelo esvaziamento de possibilidades de futuro, surge um novo paradigma de cidadania, fundado nos direitos de um cidadão como consumidor. Antes um contribuinte, seus direitos parecem repotencializados por terceiro interessado. O crédito eletrônico é nova fonte de poder, dado que a escravidão por dívida hoje aparenta só ser possível às pessoas de direito público.

O Brasil é um mercado, um importante mercado no qual o cidadão descobre releituras de seus direitos no Código do Consumidor, novas leituras que nem mesmo a Constituição em princípio parece ter propiciado. Não foi uma Revolução que escreveu a Carta de 1988.

Nada nos diz mais sobre o futuro de um país do que a educação. Existe na lei uma preocupação com a técnica e não com a ciência e outros saberes. A nossa visão de educação é, ela própria, excludente e mistificada, por exemplo, na chamada Informática.

É assim que a educação superior se consolida na década de 90 no mercado de serviços, inserindo o país numa modernidade de forma que enviesa sua soberania e sua cidadania, descobrindo a Globalização. Encantada e atônita, nossa sociedade descobre na chamada Tecnologia,

estereotipada pela “Informática”, algo que parece permitir concessionárias serem tão mais eficientes que o agente estatal na gestão de serviços públicos.

Informação é poder: o poder que o sistema financeiro internacional tem de definir livremente o valor das moedas, nas quais os Estados arrecadam seus tributos, talvez seja uma *definição* da própria Globalização. O Brasil produz *superavits* fiscais que atingiram cerca de 10% das receitas do Orçamento da União, para o pagamento do juro da dívida (como diz o clichê televisivo). É importante não perder de vista que isto já parece estar acima do que é político ou jurídico, nas execuções extrajudiciais de agentes especuladores de títulos de créditos na América, por exemplo.

Um estereótipo da tecnologia excludente é o veículo que na visão dos novos não-iniciados irá conduzi-los à modernidade. Esta é uma das razões pelas quais a visão da Escola Pública aterroriza a nossa classe média. No entanto, antes de ser a antítese da cidadania, a cidadania como oportunidade, a precariedade da escola pública é a anti-matéria de nossa soberania, soberania como ideal político de identidade.

Assim, a 'privatização' da educação, como novo paradigma de 'qualidade' irá construir o esvaziamento de uma dimensão coletiva, que se encontra na raiz política daquilo que uma Constituição materializa, em novas relações contratuais. Um aluno como consumidor tem poderes diferenciados em face do professor, construção histórica complexa sob controle coletivo do ente estatal na maioria das democracias. Deste modo, uma questão emergente nas instituições particulares de ensino será a questão do “controle da conduta” de pais e alunos consumidores, sujeitos contratuais que só tem direitos e cuja única sanção admitida é a que decorre do inadimplemento no pagamento de mensalidade.

Há algo de muito errado quando a construção da cidadania se dá às custas da soberania política. É este o grande problema: os fundamentos de nossa República não são independentes entre si.

No Brasil, a cidadania das oportunidades nos custa a identidade da soberania. Isto está na sala de aula, no renovado cidadão consumidor e na percepção da educação que coletivamente se constrói.

Além disso, é fato que nosso melhor saber jurídico ainda cursa o trilho do colégio particular,

universidade pública.

Este conflito é a questão de plano profundo deste trabalho: aquilo que politicamente a Constituição expressa tem um desacordo *essencial* com a visão privada dos cidadãos.

Caberia aqui refletir sobre o que é juridicamente correto.

A educação no Brasil é parte importante na formação de um pacto federativo que reparte despesas entre os entes federados e que a caracteriza, no caso da educação fundamental, como um dever do Estado. Há leitura de que o direito público subjetivo que disto resulta é o se refere meramente ao *acesso* ao ensino fundamental. Não é a qualidade da educação do inciso VII do art. 206 que parece estar em jogo na Constituição, como pacto federativo. Neste sentido, a qualidade da educação decerto o legislador infra-constitucional reservou à iniciativa privada na tutela da pretensão à manutenção da condição social de que trata o art. 1.694 CC.

As contradições formais que colocam os direitos sociais tantas vezes no plano de uma validade singularmente indefinida no plano da eficácia estão, elas próprias, projetadas no próprio ordenamento jurídico como construção política. Este trabalho abordou especificamente das contradições formais entre o direito à educação tal como tratado pela Constituição e um dispositivo específico do Código Civil de 2002, que parece ser consistente com entendimento firmado pela realidade no Direito de Família. O interesse pelo tema reside no fato de que o direito à educação é um caso emblemático do tratamento que foi reservado ao universo de direitos sociais enumerados na Constituição.

A importância desta crítica adquirirá feições dramáticas com as pressões por uma maior eficiência do Estado na prestação de serviços públicos fundamentais diante de uma crise financeira de crédito no mundo globalizado.

Não devemos esquecer que a instituição de tarifas (ou taxas, segundo algumas correntes doutrinárias) para o fruir de direitos sociais com qualidade torna os consumidores finalmente senhores de seus direitos de cidadania.

É por isso que no Brasil o pedágio é barato demais.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 3a. ed. : Editora Saraiva, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6a. ed. : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CASTRO, Jorge Abrahão; VAZ, Fábio Monteiro. Gastos das Famílias com Educação. **Gasto e consumo das famílias brasileiras contemporâneas**. Silveira, Fernando Gaiger et al (eds) : Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DUARTE, Clarice Seixas. **O Direito Público Subjetivo ao Ensino Fundamental na Constituição Federal de 1988**. São Paulo : USP 2003 327 f. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

IBGE. **Perfil dos Municípios Brasileiros, Finanças Públicas (1998-2000)**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 2004.

IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2005**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito (não sagrado) de visita In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves. **Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família, Aspectos constitucionais, civis e processuais**, v.3 : São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 66-93.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**.

acessado em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>

PÊGO Filho, Bolivar; SABOYA PINHEIRO, Maurício Mota. **Os passivos contingentes e a dívida pública no Brasil, evolução recente (1996-2003) e perspectivas (2004-2006)**. Brasília: Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), 2004

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito de Família, 8a. ed., v. 6 : São Paulo: Editora Atlas, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, 6a. ed., v. 2 : São Paulo: Editora Atlas, 2008.

ANEXOS

Conclusão

GOVERNO FEDERAL
RELATÓRIO RESUMIDO DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA
BALANÇO ORÇAMENTÁRIO
ORÇAMENTOS FISCAL E DA SEGURIDADE SOCIAL
JANEIRO A DEZEMBRO DE 2008(9)MESTRE NOVEMBRO DEZEMBRO

JANEIRO A DEZEMBRO DE 2008/BIMESTRE NOVEMBRO-DEZEMBRO

PRÉO - Anexo I (LRF, art. 52, inciso I, alíneas "a" e "b" do inciso II e § 1º)

[illegible]

Deusa forma, para maior transparência, as despesas executadas estão agregadas em:

II - as Despesas Liquidadas, consideradas aquelas em que houve a entrega do material ou serviço, nos termos do art. 63 da Lei 4.320/64;

b) Despesas empenhadas mas não liquidadas, inseridas em restos a pagar não processados, consideradas liquidadas no encerramento do exercício, por força do art. 15, inciso II da Lei 4.320/64.

PAULO HENRIQUE FEIJÓ DA SILVA
Coordenador-Geral de Contabilidade

ANEXO 2: Estatísticas de separações judiciais concedidas em primeira instância⁴⁰

Tabela 5.14 - Separações judiciais concedidas em 1ª instância, por tempo transcorrido entre as datas do casamento e da sentença, segundo o lugar da ação do processo - 2005

(continua)

Lugar da ação do processo	Separações judiciais concedidas em 1ª instância														
	Total	Tempo transcorrido entre as datas do casamento e da sentença													
		Menos de 1 ano	1 ano	2 anos	3 anos	4 anos	5 anos	6 anos	7 anos	8 anos	9 anos	10 a 14 anos	15 a 19 anos	20 anos ou mais	Sem declaração
Brasil	100 448	289	5 903	6 455	6 063	5 849	5 892	4 940	4 551	4 281	3 929	16 483	14 759	21 000	144
Norte	2 457	19	175	193	173	159	169	132	108	96	76	371	339	442	5
Rorônia	896	7	71	83	61	59	69	45	44	35	26	132	128	156	-
Porto Velho	92	2	1	7	11	8	6	5	6	4	1	10	19	12	-
Acre	155	-	9	17	13	9	14	12	8	4	5	20	17	26	1
Rio Branco	73	-	7	8	7	4	5	5	4	2	2	8	10	11	-
Amazonas	271	4	26	25	20	22	22	15	9	8	9	36	39	36	-
Manaus	265	4	26	25	20	22	22	15	8	7	8	36	39	33	-
Roraima	74	-	2	4	4	7	5	1	2	4	2	20	9	13	1
Boa Vista	54	-	2	4	3	4	3	1	-	3	2	15	8	8	1
Pará	556	3	36	39	35	31	31	37	25	22	13	90	75	118	1
Região Metropolitana de Belém	201	1	14	21	15	11	12	10	8	14	2	32	24	37	-
Belém	160	-	12	18	12	10	9	6	7	13	1	26	20	26	-
Amapá	136	3	6	12	11	7	6	4	6	7	6	20	18	29	1
Região Metropolitana de Macapá	121	3	3	11	9	7	6	4	6	6	6	16	17	27	-
Macapá	105	2	2	9	9	7	6	3	4	4	6	15	14	24	-
Tocantins	369	2	25	33	29	24	22	18	14	16	15	53	53	64	1
Palmas	82	-	4	8	7	8	6	5	3	7	1	8	15	9	1
Nordeste	10 282	41	603	700	711	634	636	549	480	405	437	1 621	1 436	2 016	13
Maranhão	374	3	25	30	28	24	31	19	10	18	12	61	52	61	-
Região Metropolitana da Grande São Luís	113	-	4	13	8	14	10	2	4	6	4	15	13	20	-
São Luís	113	-	4	13	8	14	10	2	4	6	4	15	13	20	-
Piauí	426	-	19	19	24	21	29	19	15	18	15	87	68	92	-
Teresina	123	-	4	4	5	3	10	11	8	7	4	17	23	27	-
RIDE - Região Integrada de Desenvolvimento da Grande Teresina	144	-	4	5	5	4	15	11	8	8	5	23	27	29	-
Ceará	1 835	4	98	125	116	131	114	90	86	74	79	262	276	379	1
Região Metropolitana de Fortaleza	992	1	61	76	63	75	67	47	48	34	44	142	155	179	-
Fortaleza	759	-	52	57	41	61	50	38	46	24	36	110	118	126	-
Rio Grande do Norte	777	3	36	49	53	47	42	43	31	28	40	123	109	173	-
Região Metropolitana de Natal	503	1	24	32	43	36	29	23	19	25	68	65	109	-	-
Natal	421	1	22	23	38	32	26	23	20	16	23	53	56	88	-
Paraíba	1 275	10	101	104	86	77	75	72	74	55	52	187	139	236	7
Região Metropolitana de João Pessoa	633	2	45	52	53	43	39	33	42	29	30	89	59	112	5
João Pessoa	525	2	37	39	46	29	32	29	35	25	28	78	47	95	3
Pernambuco	1 887	10	125	140	154	121	108	111	96	73	84	289	241	331	4
Região Metropolitana de Recife	757	4	44	59	66	42	41	45	39	25	36	107	93	153	3
Recife	417	2	19	34	37	25	16	22	20	18	21	66	51	86	-
Alagoas	443	2	26	35	35	23	33	24	22	26	10	60	55	91	1
Região Metropolitana de Maceió	125	1	10	7	6	6	11	8	4	7	5	12	14	33	1
Maceió	81	1	4	4	4	4	4	6	3	6	3	7	11	24	-

40 FONTE: IBGE. Estatísticas do Registro Civil, 2005.

ANEXO 3: Lei 11.698 de 13 de junho de 2008

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).” (NR)

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3o Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4o A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

José Antonio Dias Toffoli